Der Nachbesserungsanspruch des Käufers bei Mängeln der Speziessache als Erfüllungsanspruch.

Ein Beitrag zur Systematik der Sachmängelhaftung nach bürgerlichem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Ludwig Levy

Referendar beim Landgericht III in Berlin.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Meinen Eltern

in Verehrung und Dankbarkeit.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung 1
B. Der Nachbesserungsanspruch als Erfüllungsanspruch
I. bei Mängeln des § 459 Abs. 1 BGB.
a) Gesetzlich 3
1. bei erheblichen Mängeln 3
a_1) Literatur im allgemeinen 3
b_1) Eine gesetzliche Verpflichtung des Verkäufers, mangelfrei zu liefern, besteht nicht.
1_1. Positives Recht 6
2_1. Einwände 9
α) Interpretation des § 464 BGB. 10
β) § 459 Abs. 1: der „nach dem Vertrage vorausgesetzte Gebrauch" 15
3_1. Treu und Glauben 16
2. Bei unerheblichen Mängeln 18
b) Vertraglich 21
1. Die verpflichtenden Willenserklärungen:
a_1) ausdrückliche 21
b_1) stillschweigende (Verkehrssitte) 21
2. Die Rechtsfolgen 23
II. Bei Mängeln des § 459 Abs. 2 BGB. 25
a) Allgemeines.
1. Begriff der zugesicherten Eigenschaft.
a_1) Bedeutung der Zusicherung allgemein 26
b_1) „Zusicherung" von Eigenschaften an sich 27
c_1) Vertragswesen der rechtlich erheblichen Zusicherung . . 28
d_1) Stillschweigende Zusicherung 30
e_1) Bedingter Kauf im Gegensatz 34
2. Wesen der Zusicherung von Eigenschaften 34
a_1) Garantie und Zusicherung 34
b_1) Arten der Zusicherung 35
c_1) Tatbestände 35

Seite

b) Die gesetzliche Regelung des BGB. (§ 463 Satz 1) . . . 37
1. Der scheinbare Schluß aus § 463 Satz 1 37
2. Literatur 37
3. Entwicklung aus den §§ 459 ff.: Ersatztheorie 40
4. Juristische Konstruktion des § 463 Satz 1 43
5. Ergebnis: Eine gesetzliche Verpflichtung des Verkäufers, mangelfrei zu liefern, besteht nicht 46
c) Die vertragliche Regelung 47
III. Die Obhutspflicht 49
a) Positive Vertragsverletzung und Obhutspflicht 50
b) Die Obhutspflicht an sich 51
c) Die Konkurrenz der Ansprüche 55
Anhang: Nachbesserungsrecht des Verkäufers 59

Literaturverzeichnis.

Averdunk, Haftung des Verkäufers für Viehmängel nach BGB. Rostocker Diss. 1905.

Berndorff, Die Gattungsschuld. 1900.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. 2. Aufl. 1899.

Cretschmar, Kommentar zum BGB. I. 1902.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechtes. II. 1902.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht. 1897.

Crome im Recht 1902: Über den Begriff der zugesicherten Eigenschaften der Kaufsache (§ 459 Abs. 2 BGB.).

Crome, Die Gewährleistung wegen Abwesenheit vorausgesetzter Vorzüge der veräußerten Sache. Im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78.

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 1897. 2. Aufl. 1906.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. I. 2. Aufl. 1902; II, 1 1. u. 2. Aufl. 1899; II, 2 1. u. 2. Aufl. 1901; II, 2 3. Aufl. 1906.

Dernburg in der DJZ. 1903: über das Rücktrittsrecht des Käufers wegen positiver Vertragsverletzung.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Deutschen Reiches. II. 4. Aufl. 1889.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches erläutert. III. 1. Aufl. 1905.

Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag nach dem BGB. 1899.

Eccius bei Gruchot Bd. 43 1899: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach BGB.

Eckert, Haftung des Unternehmers für Fehler und Mängel nach dem BGB. Rostocker Diss. 1904.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches I. 1. und 2. Aufl. 1903.

Ehrlich, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache beim Kaufe. Greifswalder Diss. 1900.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes I. 8. Aufl. 1903.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofes. (zit. RG.)

Entscheidungen des Reichsgerichts. In Seufferts Archiv. (zit. RG. i. Seuff. Arch.)

Entscheidungen des Reichsgerichts. In der Juristischen Wochenschrift. (zit. RG. i. JurW.)

Entscheidungen des Reichsgerichts. In der Deutschen Juristenzeitung. (zit. RG. i. DJZ.)

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Herausgegeben von den Räten des Gerichtshofes. Stuttgart. (zit. ROHG.)

Engeling, Worin unterscheidet sich nach dem Rechte des BGB. die Haftung des Verkäufers und des Unternehmers hinsichtlich der Fehler und Mängel der Kaufsache und des Werkes? Leipziger Diss. 1902.

Epping, Die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache nach BGB. Erlanger Diss. 1897.

Fischer-Henle, Handausgabe des BGB. mit Anmerkungen. 5. Aufl. 1902.

Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechtes I, II. 5. Aufl. 1887.

Goldmann-Lilienthal, Kommentar zum BGB. I. 2. Aufl. 1901.

Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware nach römischem und gemeinem Recht unter besonderer Berücksichtigung des Handelsrechtes. 1883.

Hellbach im Recht 1905: Mängel der verkauften Sache.

Hirsch-Nagel, Die Gewährleistung beim Viehhandel nach dem BGB. 1902.

Hohenstein im bürgerlichen Archiv Bd. 25: Der Abnahme- Annahmeverzug des Käufers- Gläubigers.

Jacobi, Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 325, 326 BGB. unter besonderer Berücksichtigung der Lehre vom Kaufvertrage. 1902.

Kipp bei Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechtes II. 8. Aufl. 1900; 9. Aufl. 1906.

Kipp in der DJZ. 1903: Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. 1900. (zit. Unmöglichkeit).

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. 1900.

Krahmer, Gegenseitige Verträge. 1904.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten bis zum BGB. 1899.

Kuhlenbeck, Handkommentar zum BGB. 1903.

Kalthoff, Bestimmungen des BGB. über die Haftung des Verkäufers für Mängel der verkauften Sache, verglichen mit den allgemeinen Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Leistung. Freiburger Diss. 1901.

Langbein, Gewährleistung wegen Mängel der Ware beim Gattungskauf bei Kaufleuten nach neuem Handelsrecht. Leipziger Diss. 1902.

Leisner, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache nach dem Rechte des BGB. Erlanger Diss. 1900.

Lenel im Arch. f. ziv. Prax.: Nochmals die Lehre von der Voraussetzung. Bd. 79. 1892.

Leske, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1900.

Lübbe, Die Ansprüche des Käufers einer der Gattung nach bestimmten Sache wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft. Leipziger Diss. 1902.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes I. 1899.

Meyer im Recht 1903: Was heißt: Ich leiste für 2 Jahre Garantie?

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich II. 1888. (zit. Mot.)

Müller im Recht 1902: Begründet ein Verschulden beim Verkaufe oder bei der Lieferung einer mangelhaften Sache die Verpflichtung zum Schadensersatz nach Vertragsrecht? Kann dieser Schadensersatz neben Wandelung noch gefordert werden?

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich I. 2. Aufl. 1900.

Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechtes. 3. Jahrg. 1905.

Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. 1899.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II. 1. und 2. Aufl. 1900; II, 1 3. Aufl. 1904.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin, Guttentag 1898. (zit. Prot.)

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechtes. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann. (zit. Rechtspr. d. OLG.)

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen II. 1903.

Saenger, Der Verzug beim Kaufe nach heutigem Rechte unter Vergleichung des alten Handelsrechtes. Leipziger Diss. 1902.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1899.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 1897. 2. Aufl. 1906.

Schollmeyer, In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 49 1905: Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kaufe. (zit. J. f. D.)

Schollmeyer, Kommentar zum allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse. 1900.

Schöller bei Gruchot Bd. 45 1901: Nochmals der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 46 1902: Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Schroeder, Zur Gewährleistung für Sachmängel beim Kaufe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903.

Stahl, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache nach dem BGB. Erlanger Diss. 1900.

Stamm, Die Ansprüche des Käufers einer individuellen Sache wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft im gemeinen Recht und im Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipziger Diss. 1902.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch II. 6. u. 7. Aufl. 1900.

Staub, Positive Vertragsverletzungen. 1904.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II 1901; II, 2 2. Aufl. 1905.

Stölzle, Viehkauf. Guttentag. 1900.

Stölzle im Recht 1904: Zusicherung der Gesundheit des Tieres bedeutet Zusicherung einer Eigenschaft im Sinne des § 492.

Titze, Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht. 1900.

Tielker, Die Gewährleistung wegen Viehmängel mit besonderer Berücksichtigung der Abweichungen der Bestimmungen über Viehgewährschaft von den allgemeinen Vorschriften über die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache. Leipziger Diss.

Werner im Recht 1902: Streitfragen aus dem Gebiete des Wandlungsrechtes.

Windscheid im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 1891: Die Voraussetzung.

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken" (Berlin 1905. Guttentagsche Verlagsbuchhandlung).

A. Das BGB. knüpft im § 459 an das Vorhandensein von Mängeln der Kaufsache, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern (Abs. 1 § 459), und an das Fehlen von zugesicherten Eigenschaften der Sache (Abs. 2 § 459) zu der Zeit, in welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, die Rechtsfolge: daß der Verkäufer dafür haftet. Unter der weiteren Voraussetzung, daß der Käufer die Mängel ohne grobe Fahrlässigkeit, (d. i. unter Außerachtlassung auch nur geringer im Verkehre erforderlicher Sorgfalt) und, sofern es sich um Fehlen zugesicherter Eigenschaften oder arglistiges Verschweigen auf seiten des Verkäufers handelt, selbst grobfahrlässig nicht gekannt hat, definieren §§ 462 und 463 die Haftung dahin, daß der Käufer einen Anspruch auf Rückgängigmachung des Kaufes (Wandlung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung), im Falle des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft zur Zeit des Kaufes statt dieser einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hat.

Der Verkehr stellt hier eine andere Frage, auf welche die vom Gesetz dem Käufer ausdrücklich gegebenen Rechte prima facie nicht als Antwort passen: Dem Käufer, der eine mangelhafte Sache geliefert erhält, liegt gar nichts an der Rückgängigmachung des Kaufes, an der Herabsetzung des Preises; ihm wäre gedient mit der Beseitigung des Mangels. Hat er keinen Anspruch auf Beseitigung des Mangels, auf Herstellung der fehlenden zugesicherten Eigenschaft, zumal wenn beides reparabel ist?

Und um so eher drängt sich die Frage auf, als das bis 1900 geltende preuß. allgem. Landrecht z. B. wenigstens hinsichtlich der zugesicherten Eigenschaften[1]) bei allen Sachen, hinsichtlich aller gewöhnlich

---

[1]) I, 11 §§ 192, 197, 198; 5 § 325; vgl. Förster-Eccius I § 85 S. 500 ff., II Note 31 § 125.

vorausgesetzten Eigenschaften[1]) bei Gattungssachen dem Käufer einen solchen Anspruch gegeben hat.

Darauf bleibt das Gesetz eine ausdrückliche Antwort schuldig.

Der Anspruch auf Beseitigung eines Mangels, auf Herstellung einer Eigenschaft, kurz: der Nachbesserungsanspruch kann streng juristisch nur als Anspruch auf richtige Vertragserfüllung (Erfüllungsanspruch) oder als Anspruch auf Schadensersatz im Wege der Naturalreparation charakterisiert werden.[2])

Es fragt sich also: gibt das geltende bürgerliche Recht dem Käufer einer mangelhaften Sache, d. i. einer solchen, der ein Fehler anhaftet, oder der eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, die Möglichkeit, Nachbesserung zu verlangen, entweder

1. im Wege des Erfüllungsanspruches, oder
2. im Wege des Schadenersatzes.

Von diesen beiden Möglichkeiten soll *hier* die erstere: der Nachbesserungsanspruch i. S. des Erfüllungsanspruches als das Prinzip enthaltend erörtert werden.

Wenngleich ferner der Nachbesserungsanspruch grundsätzlich auch bei Gattungssachen in Frage steht, wird das Interesse des Käufers an der Nachbesserung im wesentlichen die individuell gekaufte Sache betreffen. Es soll sich also im folgenden um den Nachbesserungsanspruch lediglich bei Mängeln der *Speziessache* handeln.

B. I. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Haftung des Verkäufers sind dispositive. Die Verpflichtungen des Verkäufers und die entsprechenden Rechte des Käufers können auf Gesetz oder Vertrag beruhen. Zwar liegt auch den auf Gesetz beruhenden Rechtsfolgen der Kaufvertrag zugrunde, aber dessen Folgen werden von den Parteien nicht weiter erörtert. Die Konsequenzen sind die von dem Gesetze unmittelbar bestimmten. Demgegenüber gibt es Rechtsfolgen, die nicht

---

[1]) I, 11 §§ 193, 197, 198; 5 §§ 329, 331, 325; vgl. *Dernburg*, Privatrecht. II § 143 S. 387.

[2]) Das hebt auch *Stamm* a. a. O. S. 51 ausdrücklich hervor und verwahrt sich daher überhaupt gegen den Gebrauch des Ausdrucks. Dagegen ist zu sagen, daß man bei Unterstellung, es sei bekannt, wie der Anspruch juristisch sich charakterisiere, den wirtschaftlichen Erfolg, den Zweck der ganzen bezüglichen Rechtsvorschriften, gar nicht treffender und einheitlicher ausdrücken kann. Vom Nachbesserungsanspruch schlechtweg spricht auch *Kipp* bei Windscheid, Pand. II S. 655.

im Gesetz unmittelbar, sondern in den die gesetzlichen Bestimmungen abändernden besonderen Vertragsabreden ihren Grund haben. Zwar ist es auch hier wieder das Gesetz, das ihnen Geltung und Erzwingbarkeit verschafft, der Grund aber, der die besonderen Rechte und Verpflichtungen involviert, ist der Vertrag. In diesem Sinne ist man berechtigt, von den unmittelbar durch Gesetz begründeten Rechtsfolgen als von den gesetzlichen, von den anderen dagegen als von den vertraglichen zu sprechen.

Die Grundlage bilden die gesetzlichen Bestimmungen; die gesetzliche Haftung ist daher in erster Linie klarzulegen.

a) Sieht man zunächst vom Tatbestande des Fehlens zugesicherter Eigenschaften (Abs. 2 § 459) ab, so sind zwei Kategorien von Mängeln der Kaufsache als Tatbestände auf ihre Rechtsfolgen hin zu prüfen:

1. Mängel, „die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern", also Mängel i. S. des Abs. 1 § 459 Satz 1, kurz: erhebliche Mängel, und

2. solche Mängel, welche solchen Voraussetzungen nicht entsprechen, von denen Satz 2 des Abs. 1 des zitierten Paragraphen vielmehr ausdrücklich sagt: „Eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit kommt nicht in Betracht", unerhebliche Mängel. Daß diese letztere Kategorie an der ausdrücklich geregelten Sachmängelhaftung nicht teilnimmt, geht hieraus unzweideutig hervor; aber eben so offen liegt es, daß es doch Mängel sind, und daß man deshalb, insbesondere mit Rücksicht auf das Verkehrsleben, zu fragen berechtigt ist: ob denn diese Mängel rechtlich gänzlich bedeutungslos sind, so daß sie gleichsam als nicht vorhanden anzusehen wären.

1 a_1) Das vollständige Schweigen des Gesetzes hinsichtlich eines Beseitigungsanspruches bei erheblichen Mängeln hat es zuwege gebracht, daß die juristischen Schriftsteller über die Frage geteilter Ansicht sind: Ausgangspunkt ist das Bestehen oder Nichtbestehen entsprechender Vertragspflichten. Auf der einen Seite ist die überwiegende Meinung vertreten, daß die Vertragspflicht des Verkäufers besteht, die verkaufte Sache dem Käufer in mangelfreiem Zustande zu übergeben. Als ihren Vorkämpfer kann man vielleicht Dernburg[1]) bezeichnen: „solange

[1]) Bürgerl. R. § 185 I S. 55.

der Verkäufer die Kaufsache noch nicht übergeben . . . hat, darf der Käufer im Falle von Mängeln derselben ihre Entgegennahme verweigern, weil solches Angebot kein dem Vertrage entsprechendes ist", und er fährt fort: „ist dem Verkäufer die Leistung der Sache in mangelfreiem Zustand unmöglich, so . . ." Vielleicht noch prägnanter sagt Titze[1]), indem er den Inhalt des § 459 kurz dahin zusammenfaßt: „der Verkäufer hat die Sache zu gewähren, soweit er bezüglich ihrer Zusicherungen . . . gemacht hat, in dem den Zusicherungen entsprechenden Zustande, soweit er solche nicht gemacht hat, in brauchbarem Zustande."

Aber auch bei dieser Grundansicht gehen die Ansichten über die Begründung der Verpflichtung auseinander; Cretschmar[2]) stützt sich vornehmlich auf allgem. Landrecht: Zunächst etwas skeptisch, kommt er schließlich zu dem Resultate: die Rechtspflicht zu mangelfreier Lieferung zu bejahen, „daraus, daß Verkäufer übernommen hat, die Leistung nach Treu und Glauben zu bewirken, und daß der Käufer unter Umständen nur darin ein Interesse finden kann, daß er die Sache behält, und der mit ihrer Konstruktion usw. vertraute Verkäufer sie in gebrauchsfähigen Zustand setzt", und er beruft sich dabei auf eine Reichsgerichtsentscheidung Bd. 13 S. 283, die auf § 393 ALR. I, 5 beruht, dessen Grundsatz freilich im Bürgerlichen Gesetzbuche nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, doch aber grundsätzlich anzuwenden sei.

Die Berufung auf das preuß. allgem. Landrecht entbehrt jedoch jeder Begründung, da seine Geltung mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches auf diesem Gebiete erloschen ist, ganz abgesehen davon, daß § 393 zit. Tit. für die Frage gar nichts sagt.[3]) Ebenso unrichtig aber ist Cretschmars Begründung durch primäre Berufung auf §§ 157, 242 des BGB. Die §§ 157, 242 BGB. sind nur subsidiär anzuwenden; in erster Linie sind die speziellen Gesetzesvorschriften festzustellen, es ist zu untersuchen, ob das Bürgerliche Gesetzbuch nicht so scharf umrissene Vertragsansprüche gibt, daß ein Zurückgehen auf Treu

---

[1]) a. a. O. S. 275 § 13.

[2]) a. a. O. ad § 462.

[3]) „Die von der einen Seite . . . nicht gehörig geleistete Erfüllung des Vertrages berechtigt den anderen in der Regel noch nicht von dem Vertrage selbst wieder abzugehen."

und Glauben (mit Rücksicht auf die Verkehrssitte) sich erübrigt resp. ob dieses von dem Gesetz nicht geradezu ausgeschlossen wird.

Alle übrigen Schriftsteller, die jene Vertragspflicht mangelfreier Lieferung annehmen, bringen eine ausdrückliche Begründung nicht bei, sehen sie vielmehr als selbstverständlich an.

Sie sprechen teils diese Pflicht offen aus,[1]) teils läßt sich ihre Ansicht aus anderen Äußerungen schließen, wie z. B. bei Cosack,[2])[3]) wenn er sagt: es könne der Käufer bei Mängeln, die der Verkäufer nach §§ 459 ff. zu vertreten hat, zunächst die Annahme verweigern; alsdann ständen ihm alle Rechte wie bei einer Nichtlieferung zu; außerdem hätte er, mag er verweigern oder nicht, die ädilizischen Ansprüche!

Wenngleich nun alle bisher Genannten grundsätzlich auf die Vertragspflicht des Verkäufers zu mangelfreier Lieferung hinauskommen, haben nur ganz wenige[4]) dem Käufer nun auch den Nachbesserungsanspruch als Erfüllungsanspruch gegeben; die überwiegende Mehrzahl kommt zu dem Ergebnis, daß das Gesetz dem Käufer einen solchen Anspruch nicht gewährt. Alle stehen sie vor der von ihrem Standpunkte aus unerklärlichen Tatsache, daß das Gesetz dieser Vertragspflicht keine Rechnung getragen habe.[5]) Alle aber haben sie einen Ausweg: der Käufer hat ja — per arg. e contr. aus § 363 BGB. — das Recht, die Annahme der nicht dem Vertrage entsprechenden Sache

---

[1]) So Schollmeyer, E. Sch. (1897) S. 15, (1904) S. 19 u. 27; Emerich a. a. O. S. 68; Kisch a. a. O. § 19 S. 193; Eck-Leonhard a. a. O. I S. 446; Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 3 S. 81 ff., S. 73; Scherer a. a. O. II ad § 459 S. 517; Planck a. a. O. ad § 462 Nr. 1 (1900); Oertmann a. a. O. S. 183, 187, ad § 462; Staudinger a. a. O. S. 206 ff. (1901), S. 68 f. (1905). Vorb. Eckert a. a. O. S. 22. Ein wenig modifiziert auch Engeling a. a. O. S. 34; Schöller bei Gruch. 46, 14.

[2]) a. a. O. 428 § 127 II, 1.

[3]) So ausdrücklich auch Dernburg a. a. O. § 185 II, 1 S. 55; Matthiaß a. a. O. II S. 497 § 106; Neumann a. a. O. ad § 459 ff. S. 218 f.; Fischer-Henle ad § 462 Note 1.

[4]) So z. B. Cretschmar a. a. O.; Schollmeyer früher in E. Sch. (1897) a. a. O. S. 19.

[5]) Diese Tatsache hat aber auf der Grundlage der Annahme der Vertragspflicht eine weitere Differenzierung der Ansichten hervorgerufen: während einige darin eine absolute Exklusivität der besonderen Gewährsmängelhaftung sehen wollen, erkennen andere eine Exklusivität der §§ 459 ff. nicht an; darüber s. unten S. 55 ff.

wegen Nichterfüllung zu verweigern, könne demnach so indirekt die Nachbesserung erzwingen. Daß hierin eine Unlogik, fast ein in fraudem legis Interpretieren liegt, ist klar; sie wird sich auch nicht beseitigen lassen, solange man an der Vertragspflicht des Verkäufers zu mangelfreier Lieferung festhält.

b_1) Im Gegenteil haben wir, um zu einem gesunden Resultat und der natürlichen Rechtsfolge zu gelangen, festzustellen:

Eine Vertragspflicht des Verkäufers, die Kaufsache mangelfrei zu liefern, besteht nicht.

1_1 Aus folgenden Gründen:

Das Schweigen des Gesetzes bedeutet hier positiv einen Ausschluß dieser Vertragspflicht des Verkäufers (als einer gesetzlichen). 1. Nach § 433 BGB. ist der Verkäufer verpflichtet: zur Übergabe der Sache an den Käufer, zur Eigentumsverschaffung, nach § 434 BGB.: die Sache frei von Rechten Dritter an der Sache zu verschaffen, und § 440 setzt fest, daß der Käufer alle Rechte aus gegenseitigen Verträgen habe, wenn der Verkäufer die genannten Verpflichtungen nicht erfülle.

Dieser erste Teil der Vorschriften über den Kauf: „allgemeine Vorschriften" beginnt also mit der Normierung der Rechtsfolgen der Mängel im Rechte. Ihm steht gleichwertig zur Seite der zweite Teil: „Gewährleistung wegen Mängel der Sache", der, demnach in exzeptioneller Vorschrift, die Rechtsfolgen tatsächlicher Mängel der Sache normiert, also von Tatsachen, nicht von Rechtspflichten ausgeht. Hier spricht aber das Gesetz nicht von „verpflichtet" . . . sein, sondern: „der Verkäufer einer Sache haftet dafür, daß sie nicht mit Fehlern behaftet ist . . .", so § 459 Abs. 1.[1]) Es fragt sich, was die „Haftung" des Verkäufers enthält. Die bloße Statuierung der „Haftung" enthält aber nach dem Sprachgebrauche des Bürgerlichen Gesetzbuches niemals eine Verpflichtung zur Erfüllung, sondern stets nur: zum Einstehen dafür, daß der Erfolg, wofür gehaftet wird, eintritt oder nicht eintritt.[2]) Wie zu haften ist, bleibt anderen, allgemein anzuwendenden oder speziellen Bestimmungen zu normieren überlassen. Enthält der Vertrag die reine Haftpflicht eines Kontrahenten, so entspringen der Statuierung der

---

[1]) So auch Abs. 2 bezügl. der zugesicherten Eigenschaften; darüber vgl. unten.

[2]) So auch Endemann a. a. O. S. 575; Schollmeyer, Komm. ad § 276 S. 99; ebenso J. f. D. S. 93.

Haftung neue Verpflichtungen, um diese Haftung rechtswirksam zu gestalten. So kann Schollmeyer[1]) mit Recht sagen: „Ein Satz, daß auf Leistung von allem, wegen dessen der Schuldner gewährleistungspflichtig ist ... geklagt werden könne, wäre unrichtig"; das sei nicht Inhalt der Gewährleistungspflicht. „Gewährleistungspflicht ist ... allgemein gefaßt die Verpflichtung, für die Freiheit von Sachmängeln gewisser Art und für das Vorhandensein zugesicherter Eigenschaften einzustehen"; für dieses Einstehen gäbe es aber im BGB. keine allgemeine Normierung, es wäre vielmehr bei den einzelnen Vertragsarten verschieden. Wenn also das Gesetz

1. die Verpflichtung für den Verkäufer aufstellt, frei von Rechtsmängeln zu liefern,
2. die Erfüllung dieser Verpflichtung durch ausdrückliche Anwendbarkeit der §§ 320 ff.: der Vorschriften über gegenseitige Verträge zu erzwingen Gelegenheit gibt,
3. andere speziell aus dem Kaufe resultierende Pflichten des Verkäufers nicht bezeichnet,

so folgt per arg. e contr.: spricht das Gesetz bei der speziellen Sachmängelhaftung in § 459 nur von einer Haftung dafür, daß die Sache zur Zeit des Gefahrüberganges nicht bestimmte Mängel aufweise, so schließt das Gesetz damit eine Vertragsverpflichtung des Verkäufers zu mangelfreier Lieferung aus.

2. Ist man aber der Meinung, daß es sich um eine allgemeine selbstverständliche Verpflichtung des Verkäufers handelt, die nicht besonders normiert zu werden brauchte, so müßte sie sich zum mindesten durch einen Rückschluß aus der festgesetzten Art der Haftung ergeben. Bestimmt das Gesetz ganz allgemein eine Haftung, also ein Einstehenmüssen des Verkäufers für Sachmängel, so müßten unter der Aufzählung der hieraus resultierenden Verpflichtungen auch die aus jener angeblichen allgemeinen Verpflichtung des Verkäufers zu finden sein, zum mindesten ein Vorbehalt, daß allgemeine Haftungsgrundsätze stattzufinden hätten, wie bei den Vorschriften über die Haftung bei Rechtsmängeln. Statt dessen bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch strikt in § 462: „Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, kann der Käufer ... Wande-

[1]) Z. f. D. S. 93 ff.

lung oder ... Minderung verlangen ..." Aus den gegebenen Rechten aber ist solch Rückschluß auf mangelnde Vertragserfüllung und damit auf korrespondierende Verpflichtung des Verkäufers nicht möglich; denn bei Vertragspflichten kann eine Haftung eines Kontrahenten nach BGB. §§ 275, 276[1]) nur bei schuldhafter Verletzung eintreten; §§ 459, 462 statuieren die Haftung des Verkäufers aber ohne Rücksicht auf ein Verschulden, also auch bei Zufall. Der Rückschluß auf verletzte Vertragsverpflichtung ist daraus also nicht angängig. Aber ebensowenig findet sich ein Vorbehalt für Anwendbarkeit allgemeiner Haftungsgrundsätze.

Es spricht demnach auch diese strikte Normierung durchaus gegen die Vertragsverpflichtung.

3. Was die positive gesetzliche Regelung angeht, so kann endlich der Vergleich mit den Vorschriften über andere gleichgelagerte Verträge, insbesondere mit denen über den Werkvertrag, über das Nichtbestehen der Verpflichtung keinen Zweifel lassen.

1. Beim Mietsvertrag sprechen §§ 536, 538 ausdrücklich die Pflicht des Vermieters aus, die Mietsache ohne Mängel zu überlassen, vorhandene zu beseitigen, und gestehen dem Mieter einen Erfüllungsanspruch zu.

2. Beim Werkvertrag statuieren die §§ 631, 633 BGB. ausdrücklich die Vertragspflicht des Unternehmers, „das Werk so herzustellen, daß es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die ..." und dementsprechend ausdrücklich einen Anspruch des Bestellers auf Beseitigung des Mangels binnen bestimmter Frist.

Sehr richtig bemerkt Emerich[2]), daß beim Kaufe solche Vorschriften bedeutend mehr am Platze wären; denn der Kaufmann verkauft in der Regel, was er fertig da hat, mit oder ohne Fehler, und ist gewöhnlich nicht in der Lage, den Mangel selbst zu beseitigen; die Beseitigung würde also einen besonderen Aufwand erfordern. Gerade beim Kauf also würde man, falls das beabsichtigt wird, eine solche Normierung wie beim Werkvertrag erwarten, während sie hier beim Werkvertrag aus der Natur der Sache ohne weiteres folgt und die Regel trifft.

---

[1]) § 278 mit seiner kasuellen Haftung für Dritte bleibt in diesem Zusammenhang außer Betracht.

[2]) a. a. O. S. 70.

Damit zwingt also die positive Gesetzgebung zu dem Schluß:

Eine gesetzliche Vertragspflicht des Verkäufers zu mangelfreier Lieferung im Sinne des § 459 Abs. 1 Satz 1 besteht nicht, implizite auch nicht ein Anspruch des Käufers auf Nachbesserung i. S. richtiger Vertragserfüllung, ebensowenig auch ein Recht der Annahmeverweigerung wegen Nichterfüllung (§ 363 BGB.): eine „Nichterfüllung" liegt nicht vor.[1] [2] [3])

2_1. Während alle oben genannten Schriftsteller die fragliche Vertragspflicht annehmen, ohne sie eigentlich verteidigen zu können, unternimmt das Emerich[4]) als einziger in recht beachtlicher Weise; er führt aus: „Der Käufer kann die Annahme der gekauften Sache verweigern (per arg. e. contr. aus § 464), wenn sie mit solchen (sc. erheblichen) Mängeln behaftet ist. Dies hätte keinen Sinn, wenn eine volle Er-

---

[1]) Zu demselben Resultat kommt Prot. I S. 637; Schollmeyer, J. f. D. S. 97; Hellbach a. a. O. S. 6; Hohenstein, Bürgerl. Arch. 25 S. 28 f.; Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 496; Berndorff a. a. O. S. 86 f., S. 97; Staub a. a. O. S. 1347 ad § 377 Anm. 3 S. 1281, ad § 374 Anm. 37: eine mangelhafte Lieferung sei Lieferung, Nichterfüllung nur bei Nichtlieferung; Crome, System S. 444 und Anm. 4 ebenda; Endemann a. a. O. S. 966: die Leistung der mangelhaften Sache gilt keineswegs als Nichterfüllung; S. 984: es käme der Verkäufer weder damit in Leistungsverzug noch würde er den sonstigen Rechtsfolgen der Nichterfüllung unterworfen. Allerdings läuft ihm S. 992 Anm. 31 ein bedauerlicher Widerspruch unter, indem er entgegen dieser richtigen Auffassung der Nichtpflicht sagt: „daß die Freiheit von den kraft Gesetzes zu vertretenden Mängeln zur Erfüllungspflicht des Verkäufers gehört, hebt § 459 Abs. 1 Satz 1 mit aller Klarheit hervor." Daß letztere Bemerkung ein Versehen ist, kann nach den Eingangsworten nicht zweifelhaft sein. Schröder a. a. O. S. 3 f. Auch Kipp, DJZ. 1903 S. 255: „Wer eine individuelle Sache verkauft und einen Mangel nicht kennt, während er ihn kennen müßte, begeht etwas, was man culpa in contrahendo nennen kann, aber begeht kein Verschulden in der Erfüllung seiner Vertragspflichten." Neuestens Kipp bei Windscheid 1906 S. 700; auch Dernburg, Bürgerl. R. II Bd. 2, 1905, S. 69.

[2]) Implizite ist ein Schadenersatzanspruch wegen verspäteter Erfüllung ausgeschlossen.

[3]) Dieses Resultat findet seine Bestätigung im Rechtsgrunde der eigentlichen Sachmängelhaftung, der keineswegs in einem Verschulden des Verkäufers, sondern in dem Bestreben erleichterten Ausgleiches der billigen Interessen beider Teile zu suchen ist. Vgl. dazu Krahmer S. 110 ff., insbesondere 113 a. A. mit Literaturangabe.

[4]) a. a. O. S. 68 f.

füllung durch Hingabe der mangelhaften Sache möglich wäre, denn mehr als Erfüllung kann der Käufer nicht verlangen; daraus geht hervor, daß das Vorhandensein eines erheblichen Mangels stets die Erfüllung hindert, sofern der Käufer die Sache nicht in Kenntnis desselben vorbehaltlos angenommen hat." [1] [2])

Diese Argumentation scheint prima facie allerdings geeignet, jene Vertragspflicht des Verkäufers zu mangelfreier Lieferung zu begründen, wenngleich sie Emerich selber eben wegen jener Schwierigkeit, daß trotzdem der Anspruch auf Nachbesserung ausgeschlossen ist, nicht geheuer erscheint, und er daher in Anm. 69 S. 69 ohne weiteres die Möglichkeit gegenteiliger Ansicht und deren Begründung zugibt, für die auch die Mot. II S. 278 sprechen. Der Einwand ist aber prinzipiell zu untersuchen. Es fragt sich also:

a) Ist aus § 464 BGB. die Vertragspflicht des Verkäufers zu mangelfreier Lieferung zu folgern? [3]) Von vornherein ist diese Folgerung schon deshalb nicht eindeutig möglich, weil die Zurückweisung der Sache wegen Mangelhaftigkeit in dem zitierten Paragraph zunächst gar nicht aus dem Gesichtspunkt der Nichterfüllung heraus erfolgen *muß*, sondern mindestens auch aus dem des Wandlungsbegehrens heraus folgen *kann*. Damit aber ist aus § 464 ein Schluß auf die entsprechende Erfüllungspflicht hinfällig. Bei der Annahme der Sache seitens des Käufers, bei der in der Regel spätestens die Gefahr übergeht, spätestens also die ädilizischen Ansprüche entstanden sind, kann der Käufer den Mangel entdeckt haben und macht sofort von dem ihm — nehmen wir einstweilen an — soeben entstandenen Rechte Gebrauch, denn der Wandlungsanspruch kann durchaus mit gleichzeitiger Weigerung der Annahme verbunden werden; wenn der Käufer im Wege der Wandlung den Kauf doch

---

[1]) S. 70 fährt er in diesem Zusammenhang fort: „trotzdem hat der Käufer keinen Anspruch auf Nachbesserung. Es ist anzunehmen, daß das BGB. durch Stillschweigen diesen Anspruch durchweg ausgeschlossen hat im Gegensatz zu § 633, während doch beim Kaufe solche Vorschrift bedeutend mehr am Platze gewesen wäre.

[2]) Wie *Emerich* sehen das Weigerungsrecht als auf der Nichterfüllung beruhend an *Planck* a. a. O. ad § 462; *Cosack* a. a. O. S. 428; *Dernburg* a. a. O. S. 55.

[3]) „Nimmt der Käufer eine mangelhafte Sache an, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in den §§ 462, 463 bestimmten Ansprüche nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Annahme vorbehält."

rückgängig machen kann, dann ist nicht einzusehen, warum er die Annahme der Sache nicht sofort sollte verweigern können, sobald ihm der zur Wandlung berechtigende Mangel bekannt ist.[1])

Damit aber ist die Möglichkeit gegeben, daß die Annahmeverweigerung Ausdruck nicht allein der Nichterfüllung sein muß.

Aber, kann man einwenden, es ist nicht die Regel, daß der Käufer den Mangel gerade bei der Annahme entdeckt; § 464 geht vielmehr von einem anderen Gesichtspunkt aus, indem er vornehmlich Fälle treffen wolle, in denen der Käufer den Mangel schon vor der Annahme entdeckt habe.

Und hier ist der springende Punkt.

1. Nach wie vor lautet die Frage: Ist Zurückweisung der mangelhaften Sache gemäß § 464 solche allein wegen Nichterfüllung, oder, wie sich die Frage nunmehr gestaltet, da an sich Zurückweisung wegen Mangelhaftigkeit im Wege des Wandlungsbegehrens möglich ist: entstehen die ädilizischen Ansprüche schon vor Gefahrübergang?

Hierüber sind die Meinungen in der Literatur sehr geteilt. Eine große Anzahl von Schriftstellern geht davon aus, daß nach dem Wortlaut des § 459, wonach ja der Verkäufer hafte, wenn z. B. des Gefahrüberganges der Mangel vorhanden sei, die Gewährsmängelansprüche erst im Zeitpunkte des Gefahrüberganges entständen, daß vielmehr bei einer auf die Zeit vor Gefahrübergang gerichteten Beurteilung die Anwendung der Vorschriften über die Gewährleistung überhaupt nicht in Betracht käme.[2]) Indessen ist wenigstens ein Teil dieser Schriftsteller trotzdem der Ansicht, daß die Anwendung der besonderen Vorschriften keineswegs von der Annahme der Sache abhängig sei, der Käufer könne die speziellen Ansprüche aus der gesetzlichen Gewährleistung geltend machen, auch wenn er die Sache wegen Mängel aus dem Gesichtspunkte der Nichterfüllung heraus zurückweise.[3])

---

[1]) So auch Crome, System § 220 S. 444: unter Vorbehalt gemäß § 464 anzunehmen, könne dem Käufer nicht zugemutet werden.

[2]) So Krahmer a. a. O. S. 106; ebenda Anm. 6; ebenso Neumann, Komm., Vorbem. III, 1 ad §§ 459 ff.

[3]) So Emerich a. a. O. S. 67; derselben Meinung RG. 53 S. 70 ff.; Staudinger, Komm. 1905, der bezeichnend genug ad § 459 S. 72 sich bezüglich der Zeit vor Gefahrübergang wie Krahmer a. a. O. ausspricht, ad 462 S. 84, dagegen die Möglichkeit der Geltendmachung vor Gefahrübergang ausdrücklich

An dieser Argumentation ist von vornherein der innere Widerspruch auffällig, daß einerseits Voraussetzung für entstehende Ansprüche der Gefahrübergang, andererseits ihre Geltendmachung trotz Annahmeverweigerung wegen des Mangels möglich sein soll. Diesen Widerspruch, den auch eine Fiktion nicht beseitigen kann, sucht Dernburg[1]) dadurch zu umgehen, daß er auch die Geltendmachung der Ansprüche erst vom Gefahrübergang an zuläßt, bis dahin einen ausreichenden Behelf in der Zurückweisung wegen Nichterfüllung sieht.[2])

Alle diese Schriftsteller sind aber nicht in der Lage, das Entstehen der Gewährleistungsansprüche gerade aus § 459 zu begründen; denn aus dem Wortlaute: „Der Verkäufer einer Sache haftet . . . dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist . . ." ist in keiner Weise darauf zu schließen. Vielmehr ist festzustellen: Die Gewährleistungsansprüche entstehen bereits mit dem Kaufabschluß für den Käufer, beim Spezies- wie beim Gattungskauf.[3]) Es haftet der Verkäufer, so interpretiert Crome[4]) richtig, sofort bei Kaufabschluß dafür, daß die Sache im kritischen Zeitpunkt nicht mit den beregten Mängeln behaftet sei; stehe das schon früher fest, so sei auch die Haftung begründet.[5])

Der kritische Zeitpunkt ist der Gefahrübergang; Mängel i. S. § 459 sind zu vertreten, wenn sie zu dieser Zeit vorhanden sind; per arg. e contr.: sind vorher vorhandene Mängel dann nicht mehr vorhanden, so entfällt die Haftung dafür. Keineswegs ist aber daraus zu folgern, daß der Käufer gesetzlich bis zum Gefahrübergang zu

---

zugibt. — Cosack a. a. O. S. 429; Planck a. a. O. ad § 462; Werner, R. 1902 S. 329; Kalthoff a. a. O. S. 47 mit der kleinen Variation, daß er die Geltendmachung gleich nach Eintritt des Mangels gestattet wissen will.

[1]) Bürgerl. R. II, 1 S. 55 (1901).

[2]) Allerneuestens hat er im Bürgerl. R. II, 2 S. 69 (1905) seine Ansicht völlig geändert, indem er Zurückweisung der Sache vor Gefahrübergang auch aus Wandlungsbegehr für möglich hält.

[3]) Gegen letzteres Schollmeyer, J. f. D. S. 96 und Komm. ad § 243 Anm. 4.

[4]) a. a. O. System § 222 Anm. 4 S. 459.

[5]) Ebenso Eccius S. 315; Schollmeyer, J. f. D. S. 95, der als praktisches Beispiel dazu anführt: solle der Käufer einer Speziessache bei ausbedungener Pränumerandozahlung, wenn er auf Bewirkung der Pränumerandoleistung verklagt würde, nicht einredeweise Minderung, Wandlung geltend machen können, wenn ein dazu berechtigender Mangel bereits vorhanden sei?

warten hätte, ob vorhandene Mängel nicht noch beseitigt würden. Zu der letzteren Konsequenz, nämlich, daß Käufer zu warten habe, müßten alle kommen,[1]) welche die fragliche gesetzliche Erfüllungspflicht des Verkäufers annehmen; denn dann kann ja der Käufer vor Gefahrübergang nicht wissen, ob nicht der Verkäufer noch seiner Verpflichtung durch Beseitigung des Mangels nachkommen wird, sofern er nicht etwa durch ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärungen kundgegeben, daß er der Pflicht nicht nachkomme, resp. das Vorhandensein des Mangels nicht anerkenne. Nimmt man aber an, daß der Verkäufer grundsätzlich *nicht* verpflichtet ist, mangelfrei zu liefern, so bietet sich dem Käufer bei Auftreten eines Mangels nach Kaufabschluß eine Gewähr für dessen Beseitigung nicht, es besteht vielmehr die Vermutung, daß dieser Zustand noch zur Zeit des Gefahrüberganges bestehen werde;[2]) daher kann der Käufer die ihm bei Kaufabschluß bereits erstandenen Gewährleistungsansprüche sofort mit Auftreten eines Mangels i. S. des § 459 geltend machen. § 459 ist also durchaus im Sinne der Entstehung der Gewährschaftsansprüche bereits zur Zeit des *Kaufes* zu verstehen.[3])

Ist hiermit also klargestellt, daß die Zurückweisung der mangelhaften Sache gemäß § 464 an sich nicht *allein* wegen Nichterfüllung erfolgen müsse, so ist *Emerichs* Schluß als hinfällig erwiesen; denn wenn die Zurückweisung aus beiden Gesichtspunkten erfolgen *kann*, ist daraus nicht auf die Vertragspflicht zu mangelfreier Lieferung zu schließen.

2. Vielmehr muß man zu einem Emerich strikt entgegengesetzten Ergebnis kommen, da er bei der Interpretation des § 464 methodisch falsch verfährt und so zu seinem circulus vitiosus gelangt.

Per arg. e contr. folgt aus § 464, daß der Käufer eine mangelhafte Sache nicht anzunehmen braucht; nimmt er sie dennoch in Kenntnis des Mangels an, so hat er sich seine Rechte wegen des Mangels

---

[1]) Diese Konsequenz ziehen sie aber bis auf *Dernburg* sämtlich nicht.

[2]) Damit aber wird dem Verkäufer ein Nachbesserungsrecht an sich noch nicht benommen; vgl. unten Anhang.

[3]) Nicht angängig ist es, wie *Hellbach* a. a. O. S. 6, Zurückweisung als Ausfluß des Wandlungsbegehrens anzusehen, wenn man die Ansprüche erst mit Gefahrübergang entstehend ansieht, sie würden dann nie entstehen; in diesem Sinne richtig *Dernburg*, Bürgerl. R. II, 2 S. 55 (1901).

bei der Annahme vorzubehalten, wenn er auf den Wandlungs- resp. Minderungsanspruch des § 462 oder den Schadenersatzanspruch des § 463 nicht verzichten will. Es fragt sich, aus welchem Grunde der Käufer die Sache zurückweisen kann. Denkbar sind nur zwei Möglichkeiten: wegen Nichterfüllung, und als Ausfluß des Wandlungsbegehrens. Nicht also ist aus § 464 die Möglichkeit der fraglichen Erfüllungspflicht herauszulesen, sondern umgekehrt ist von deren Setzung oder Nichtsetzung auszugehen.[1])

§ 464 bezieht sich auf Mängel des Abs. 1 wie des Abs. 2 § 459. Hinsichtlich der Mängel des Abs. 1 des zitierten Paragraphen besteht nachgewiesenermaßen die Erfüllungspflicht nicht. Diese kann also nicht Grund der Zurückweisung des § 464 sein; nur das Wandlungsbegehren bleibt als Grund denkbar, da der Wandlungsanspruch (wie überhaupt die Ansprüche der §§ 462, 463) bereits zur Zeit des Kaufes entstanden, eine Zurückweisung der mangelhaften Sache brevi manu ermöglicht.

Geht man selbst von einer vertraglichen Erfüllungspflicht des Verkäufers, mangelfrei zu liefern, aus, so ist auch dann die gegegebene Interpretation des § 464 die einzig mögliche. Natürlich besteht dann der Erfüllungsanspruch; per arg. e contr. aus § 363 kann der Käufer die mangelhafte Sache zurückweisen, kann sie ohne Vorbehalt annehmen und erst nachher, gemäß § 363, die Sache beanstanden. Soll aber § 464 für ihn von Bedeutung sein, so ist die erste Voraussetzung, daß der vertragsmäßig zu beseitigende Mangel einem Mangel des Abs. 1 oder Abs. 2 § 459 entspricht; ist das der Fall, dann ist die Erfüllungspflicht des Verkäufers für § 464 irrelevant;[2]) der Käufer hat das Recht der Zurückweisung aus seinem Wandlungsanspruch heraus, auf Grund gesetzlicher Haftung, die die vertraglichen Ansprüche unberührt läßt.

So ist Emerichs Ansicht endgültig widerlegt und erledigt.[3])

---

[1]) Wie es in diesem Sinne auch z. B. Crome, System § 222 A. 4 S. 459 und Hellbach a. a. O. S. 6 tun.

[2]) Der § 464 wird in diesem Sinne dann von Wichtigkeit, wenn der Käufer die mangelhafte Sache behalten und Preisminderung verlangen will; denn Minderung kann er auf dem Wege der allgemeinen Bestimmungen über den Verzug, die hier anzuwenden wären, direkt nicht erlangen.

[3]) Damit ist auch die Möglichkeit genommen, in ähnlicher Weise für eine Pflicht zur Lieferung mit den zugesicherten Eigenschaften zu argumentieren (Abs. 2 § 459).

β) Noch eine Ansicht über eine bestehende gesetzliche Pflicht zu mangelfreier Lieferung ist zu erörtern, die, eine Mittelmeinung zwischen der von uns bekämpften und der im Texte vertretenen, ebenfalls geeignet ist, die Schwierigkeiten in den Konsequenzen nicht allein nicht zu beseitigen, sondern erheblich zu vermehren.

Beim Spezieskauf, so sagt Krahmer,[1]) sei der Verkäufer gar nicht in der Lage, anders als gerade durch die Leistung der mangelhaften Sache zu erfüllen.[2]) Wenn aber die Spezies nicht die zugesicherten Eigenschaften habe oder an Fehlern leide, die den nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben, würde darin allerdings Nichterfüllung der kontraktlich zugesagten Leistung zu sehen sein. Die theoretische Antwort auf die Frage nach den Rechtsfolgen findet er (S. 114) dahin: „Soweit in der Leistung der mangelhaften Sache Nichterfüllung liegt . . ., ist in idealer Konkurrenz mit den ädilizischen Ansprüchen die exceptio non adimpleti contractus gegeben, da insoweit ihr Tatbestand vorliegt."[3])[4])

Dadurch, daß Krahmer auf die Worte „nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch" so ausschlagendes Gewicht legt, wird in die Erörterung ein ganz neuer Gesichtspunkt hinein getragen: die Vertragsberedung.[5]) Denn diese allein wäre die Grundlage für die Erfüllungspflicht des Verkäufers. Bereits das Abstellen auf den Vertrag bei dem „nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch" statuiere implizite die Verpflichtung des Verkäufers zu entsprechender Lieferung.

---

[1]) a. a. O. S. 109.

[2]) So Schollmeyer, J. f. D. a. a. O.; Crome a. a. O.; Mot. II, 229.

[3]) Er führt für sich Schollmeyer, E. Sch. 1897 S. 15 an.

[4]) Die praktische Antwort sei allerdings schon von den Prot. der zweiten Kommission richtig skizziert: „Soweit der Wandlungsanspruch gegeben ist — und er würde in allen Fällen der idealen Konkurrenz gegeben sein — tritt die exceptio non adimpleti contractus kaum in die Erscheinung, da ja die allgemeine Folge der vollzogenen Wandlung ist, daß jeder Teil, soweit er noch nicht erfüllt hat, von seiner Verpflichtung befreit wird." In dieser ganzen Argumentation der praktischen Antwort liegt das große Versehen, daß die Prot. und mit ihnen Krahmer eine Konsequenz der Erfüllungspflicht im Auge haben, die an sich gerade vom praktischen Standpunkte aus nebensächlich ist; das Wichtigere ist, daß sich aus der Pflicht der Nachbesserungsanspruch des Käufers ergeben würde.

[5]) Der Gesichtspunkt der „Voraussetzung" in Windscheids Sinne ist hier irrelevant.

Diese Meinung ist irrig; der Gesichtspunkt der Vertragsberedung ist von vornherein aus der Betrachtung des § 459 Abs. 1 an sich auszuschließen. Allein die den Inhalt des Geschäftes bestimmende Vertragsberedung in ausdrücklicher oder stillschweigender Willenserklärung könnte die behauptete Verpflichtung des Verkäufers begründen.[1]) Der nach dem Vertrage vorausgesetzte Gebrauch ist aber noch keineswegs Vertragsobjekt in dem Sinne, daß der Vertrag eine Situation schaffen soll, welche diesen Gebrauch ermöglicht, und daß damit die fragliche Verpflichtung implizite geschaffen würde. Der vorausgesetzte Gebrauch schafft ebenso wie der gewöhnliche nur die Vertragsbasis und damit das Maß für die zu vertretenden Mängel.[2]) Es soll damit nur klargelegt werden, daß nicht der Gebrauch, den der Käufer im stillen von der Sache zu machen gedenkt, sondern nur der, welchen er nach dem Vertrage, also beiden erkenntlich, machen wollte und konnte, für diese Mängel ausschlaggebend sein sollte.[3]) Der Verkäufer haftet, wenn Mängel im kritischen Zeitpunkt vorhanden sind, die den gewöhnlichen Gebrauch der Sache beeinträchtigen; er hat aber gesetzlich i. S. des § 459 Abs. 1 Satz 1 an sich nachgewiesenermaßen nicht die Pflicht, sie in einem dem gewöhnlichem Gebrauche entsprechendem Zustande, d. h. mangelfrei zu liefern. Genau so wenig besteht gesetzlich (i. S. des § 459 Abs. 1 Satz 1 an sich) die Pflicht, ohne Mängel, die den „nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch" beeinträchtigen, zu liefern; nur haftet er eben in der gesetzlichen Weise, wenn solche im kritischen Zeitpunkte vorhanden sind.

Damit ist auch Krahmers Einwand und Meinung erledigt.

3_1. In diesem Zusammenhange nun ist auch die Frage zu erörtern, inwieweit § 242 BGB. die Leistungspflicht des Verkäufers modifiziert. Dabei bleibt § 157 BGB. außer Betracht („Verträge sind so auszulegen . . ."); denn der zitierte Paragraph behandelt nur die Vertragsauslegung; um eine solche kann es sich naturgemäß bei der gesetzlichen Haftung nicht handeln, und lediglich die gesetzliche Haftung unter

---

[1]) Darüber vgl. unten.

[2]) Daß aber die „Voraussetzung" eine Verpflichtung im fraglichen Sinne begründe, hat selbst Windscheid nie behauptet; „Voraussetzung" S. 166; ebenso Lenel a. a. O. S. 54.

[3]) vgl. Crome, Part. Rechtsgesch. S. 284.

Außerachtlassung jeder vertraglichen Haftung war bisher Gegenstand der Untersuchung.

Dagegen trifft § 242 die Art der Leistung: „Der Schuldner ist verpflichtet die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern." Dieser Grundsatz gilt innerhalb des Rahmens der speziellen Gesetzbestimmungen.[1]) Denn da dem Gewohnheitsrechte seiner Natur nach nicht erst durch Gesetzesvorschrift Geltung zu verschaffen ist, kann § 242 nicht auf Gewohnheitsrecht hinweisen; nur durch Gewohnheitsrecht, nicht durch Verkehrssitte (Treu und Glauben) kann dem Gesetzesrechte derogiert werden; würde § 242 Treu und Glauben derartigen Einfluß auf die speziellen gesetzlichen Bestimmungen einräumen, so würde tatsächlich noch ein dritter, zur Abänderung des objektiven Rechtes geeigneter Faktor, der selbst nicht objektives Recht bedeutet, geschaffen, das wäre ein Widerspruch in sich. § 242 setzt also die speziellen Gesetzesbestimmungen voraus,[2]) ist nicht imstande, ihnen zu derogieren.

Daraus allein schon folgt weiter: da die Anwendbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben sich auf die speziellen Vorschriften gründet, sie aber nicht allgemein abändern kann — es wäre sonst ihr Zweck verfehlt —, kann § 242 nur vom Gesetze offen gelassene Fälle treffen; und nur auf diese Fälle weisen auch der Grundsatz von Treu und Glauben und die Berücksichtigung der Verkehrssitte an sich hin.

Damit kommt man zu dem wichtigen Resultat:

Treu und Glauben sind grundsätzlich nicht imstande, die gesetzlichen Verpflichtungen des Verkäufers derart zu modifizieren, daß eine Verpflichtung des Verkäufers zur Lieferung ohne Mängel (i. S. des § 459 Abs. 1 Satz 1) begründet würde.

Auch von einem anderen Gesichtspunkte aus erscheint diese Folge notwendig:

Aus den erörterten Gesetzesvorschriften folgt für die erheblichen Mängel (i. S. des § 459 Abs. 1 Satz 1), daß eine gesetzliche Pflicht zur Lieferung ohne solche Mängel nicht allein nicht besteht, sondern direkt ausgeschlossen wird. Im Schweigen des Gesetzes in dieser Beziehung

---

[1]) So auch RG. 60 S. 164.

[2]) Daher unrichtig Cretschmar a. a. O. ad § 462 oben S. 6f.

muß ein Ausschließenwollen gesehen werden. „Treu und Glauben" bedeutet nun „das Vertrauen, den Glauben der anderen Partei an ein loyales, anständiges Handeln der Gegenpartei".[1]) Gehört es etwa zum loyalen anständigen Handeln des Verkäufers, ohne jede besondere vertragliche Verpflichtung, frei von erheblichen Mängeln zu liefern, denen das Gesetz als Äquivalent Rückgängigmachung des ganzen Kaufes gegenüberstellt entgegen dem klaren Ausschließenwollen solcher Pflicht seitens des Gesetzes? Das ist entschieden zu verneinen; auch nach „Treu und Glauben" besteht eine solche gesetzliche Verpflichtung keinesfalls.

Bestände überdies wirklich eine Verkehrssitte, frei von erheblichen Mängeln zu liefern, so würde in erster Linie § 157 BGB. eingreifen und das Bestehen einer vertragsmäßigen Pflicht verteidigt werden können. Die Frage der gesetzlichen Verpflichtung würde dadurch nicht berührt.

Damit ist endgültig festgestellt:

Eine gesetzliche Pflicht des Verkäufers, die Kaufsache frei von erheblichen Mängeln (i. S. des § 459 Abs. 1 Satz 1) zu liefern, besteht nicht. Implizite ist ein Nachbesserungsanspruch des Käufers ausgeschlossen.

2. Im Gegensatz zur Gewährleistungspflicht wegen Mängel der Kaufsache, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern, bestimmt das Gesetz in Satz 2 des Abs. 1 § 459: „Eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit kommt nicht in Betracht." Aus dem Zusammenhange mit Satz 1 ergibt sich, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Kategorien der erheblichen und der unerheblichen Mängel, aber auch nur diese kennt: ein Mangel, der nicht der Kategorie der erheblichen Mängel des Satzes 1 zu unterstellen ist, gehört notwendig zu den unerheblichen des Satzes 2. Für unerhebliche Mängel haftet der Verkäufer nicht; damit ist die gesamte Regelung der Gewährleistung wegen Mängel für diese unerheblichen Mängel ausgeschlossen.

Es fragt sich, welche Folge das hat. Die übergroße Mehrheit aller Schriftsteller beachtet diese Mängel gar nicht weiter, indem sie aus dem Ausschluß jeder besonderen Haftung ihre Irrevelanz folgern.

---

[1]) So Danz a. a. O. S. 140.

Unerhebliche Mängel hindern nach ihrer Ansicht die Erfüllung nicht, mögen diese Schriftsteller auch vorher für die Pflicht des Verkäufers eingetreten sein, frei von Mängeln zu liefern.[1]) Darin liegt ein Widerspruch, den nur ganz wenige beachtet haben. So offenbar Staudinger a. a. O. (vgl. Anm. 1), der die richtige Konsequenz seines Standpunktes zieht, insbesondere Schollmeyer,[2]) indem er die gleiche Konsequenz bei Besprechung der Haftung aus der Verletzung der Obhutspflicht eingehend berücksichtigt.

Alle Schlüsse, die man für die erheblichen Mängel aus der speziellen Gewährleistungsregelung zu ziehen berechtigt war, entfallen hier; was aber im übrigen für jene folgte, gilt auch für die unerheblichen Mängel. Das trifft vor allem die Frage nach der gesetzlichen Pflicht des Verkäufers, die Kaufsache frei von unerheblichen Mängeln zu liefern. Auch hier ergibt sich aus dem Schweigen des Gesetzes von einer entsprechenden Verpflichtung, der ausdrückliche Ausschluß jeder Haftung in Satz 2 § 459 Abs. 1, der Vergleich mit den Vorschriften über die Verpflichtungen des Unternehmers beim Werkvertrage, §§ 633 Abs. 1, 634 Abs. 3: wo solche Pflicht und entsprechender Anspruch auf Nachbesserung ausdrücklich statuiert wird: daß eine allgemeine gesetzliche Pflicht zur Lieferung frei von unerheblichen Mängeln nicht besteht.[3])

---

[1]) So vornehmlich Emerich a. a. O. S. 69 Zweifelhaft ist Staudingers Ansicht ad § 459 d S. 72 (1905): „Die Ausschließung der Gewährleistung für unerhebliche Mängel schließt aber nicht das Recht des Käufers aus, die Abnahme der nicht vertragsmäßigen Leistung zu verweigern." Ist das „Vertragsmäßige" im Sinne besonderer vertraglicher Vereinbarung gemeint, so muß man naturgemäß grundsätzlich zustimmen (vgl. unten S. 21). Staudinger geht nun aus vom Grundsatze mangelfreier Lieferung seitens des Verkäufers überhaupt (vgl. oben); mangelhafte Leistung ist ihm in jedem Falle Nichterfüllung des Vertrages, auch wenn nur die Tatsache des Kaufes ohne jede besondere Abrede die Grundlage bildet. Meinte er also „nichtvertragsmäßig" auch in diesem Sinne, so geht er aus von der grundsätzlichen Pflicht zur Lieferung ohne unerhebliche Mängel und gibt als Rechtsfolge das Recht des Käufers, die Abnahme der mangelhaften Sache zu verweigern. Und diese Auslegung ist die wahrscheinlichere. Seiner Argumentation über die unerheblichen Mängel wäre in beiden Fällen, im letzteren prinzipiell, nicht beizupflichten; vgl. Text.

[2]) J. f. D. a. a. O.

[3]) So auch Schollmeyer, J. f. D. S. 97, 108 ff., indem er zunächst bezüglich der Mängel überhaupt zu diesem Resultat kommt und die Unterscheidung der erheblichen und der unerheblichen Mängel erst nachher vornimmt.

Bei der weiteren Erörterung ist nun zu unterscheiden zwischen fehlenden Vorzügen, d. h. solchen Eigenschaften, ohne welche eine Sache noch immer nicht als fehlerhaft im Verkehrssinne erscheint, und gewöhnlichen Fehlern — beides sind Mängel der Sache. Das Fehlen von Vorzügen ist rechtserheblich nur in dem Falle, daß es dem Tatbestande des § 459 Abs. 1 Satz 1 unterfällt („. . . Fehler, die den Wert oder die Tauglichkeit zu . . . . . dem nach dem Vertrage vorausgesetzten [sc. besonderen] Gebrauche aufheben oder mindern"), sonst würde es sich überhaupt nicht mehr als „Mangel" charakterisieren; damit wäre es ein erheblicher Mangel, für den der Verkäufer gemäß § 459 und im Falle der verletzten Obhutspflicht haftete.[1] [2] Dem stehen die gewöhnlichen Fehler, die „Mängel" κατ' ἐξοχήν gegenüber; solche kommen hier allein in Betracht.

Anders aber als bei den erheblichen Mängeln ist hier Treu und Glauben von Einfluß, wenngleich auch hier nicht allgemein gesetzlich, sondern nur für konkrete Fälle kraft des anzunehmenden Vertragsinhaltes. Treu und Glauben können unter Berücksichtigung der Umstände die Vertragspflicht des Verkäufers ergeben, die Kaufsache frei von unerheblichen Mängeln zu liefern. Diese Pflicht und der entsprechende Anspruch würden andererseits entfallen, wenn die Beseitigung der etwa vorhandenen derartigen Mängel unverhältnismäßigen Aufwand, Kosten oder Umstände verursachen würde — auch das wäre eine Konsequenz von Treu und Glauben.[3]

Soweit eine Verkehrssitte besteht, welche die Pflicht zu solch' mangelfreier Lieferung resp. zur Beseitigung solcher Fehler auferlegt, wäre diese Pflicht auch hier als Gegenstand der besonderen still-

---

[1]) Abgesehen von dem hier nicht zu betrachtenden Falle der besonderen Vertragsabrede.

[2]) Staudinger ad § 459 d (1905); Planck ad § 459 Bem. 1 b (1900); Ecclus a. a. O. S. 312.

[3]) Soweit hiernach die Pflicht zu mangelfreier Lieferung im konkreten Falle kraft Vertrages besteht, ist der Käufer auch berechtigt, die Annahme der Sache als nicht erfüllungsgemäß zu verweigern, arg. § 363. Das würde — entgegen § 320 Abs. 2 — keineswegs wegen der verhältnismäßigen Geringfügigkeit des Mangels gegen Treu und Glauben verstoßen; denn ist nach Treu und Glauben die Pflicht einmal begründet, so ist das Recht der Annahmeverweigerung ein Hauptmittel des Berechtigten zur Durchsetzung seines Rechtes, ein Schutzmittel eben im Sinne von Treu und Glauben.

schweigenden Vertragsabrede anzusehen, vom Standpunkte der gesetzlichen Verpflichtung also außer Betracht zu lassen.

b. 1. a_1. Die für die erheblichen und unerheblichen Mängel des § 459 Abs. 1 klarzulegenden gesetzlichen Bestimmungen sind, abgesehen von den das Wesen des Kaufes und den einen Verstoß gegen die guten Sitten betreffenden, dispositive; besondere Vertragsabreden können gesetzliche Verpflichtungen und Rechte außer Kraft setzen, vertragliche statuieren, können die gesetzliche Haftung für Mängel verändern (mildern, verschärfen) und aufheben.

Festgestelltermaßen besteht gesetzlich eine Pflicht des Verkäufers, mangelfrei zu liefern, nicht. Bei Abschluß des Kaufvertrages sowohl wie später kann jedoch der Verkäufer in ausdrücklicher Willenserklärung die Verpflichtung übernehmen, die Kaufsache frei von bestimmten oder allen erheblichen oder unerheblichen Mängeln oder überhaupt „mangelfrei" bezüglich beider Kategorien zu liefern.[1]) Was als vereinbart anzusehen ist, ist Tatfrage. Infolge solchen Vertrages hat der Verkäufer die Pflicht, die Kaufsache auf die betreffenden Mängel hin zu untersuchen und vorgefundene bis zum Gefahrübergange zu beseitigen — eine Pflicht, die auch direkt zum Gegenstande des Versprechens gemacht werden kann; so besonders hinsichtlich bekannter Fehler.[2])

b_1) Aber die Übernahme solcher Verpflichtung resultiert nicht so oft aus ausdrücklichen, als vielmehr aus stillschweigenden Willenserklärungen.

„Ausdrücklich" sind die Erklärungen „durch Worte, welche den Willen unmittelbar kundtun, aber auch mittels der im Verkehre üblichen Zeichen" und selbst durch „unzweideutige Handlungen anderer Art"; dagegen sind Erklärungen dann „stillschweigend", wenn „der Geschäftswille in Erklärungen und Handlungen zu finden ist, welche ihn nicht unmittelbar kundtun"[3]): konkludente Handlungen. Der Schluß auf die Erklärung kann ein logisch zwingender oder auch ein empirisch begründeter sein.[3]) In die erstere Kategorie würde es fallen, wenn der

---

[1]) Inwieweit hierin eine Garantie mit weitergehenden Rechtsfolgen enthalten sein kann, darüber unten Teil II.

[2]) Über die Frage, inwieweit ein Recht des Verkäufers besteht, auch nach Gefahrübergang die Mängel zu beseitigen, ist in der Literatur Streit; vgl. Anhang.

[3]) Dernburg, Bürgerl. R. § 131 S. 394 f. (1901).

Käufer bei den Kaufverhandlungen dem Verkäufer erklärt, er könne nur eine Sache ohne einen ganz bestimmten Fehler gebrauchen, kaufe daher nur so, und der Verkäufer verkauft ihm darauf die Sache. Der empirisch begründete Schluß auf die entsprechende Willenserklärung ist der „Schluß der Lebenserfahrung, indem die Handlung unter den gegebenen Umständen nach der Verkehrssitte als Äußerung eines in Frage stehenden Geschäftswillens zu denken ist".[1]) Unter dieser Kategorie nun nehmen das größte Gebiet ein die aus einer bestehenden „Verkehrssitte" (im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches) erwachsenden stillschweigenden Willenserklärungen. Das von der Verkehrssitte Erforderte wird auf diesem Wege Vertragsgegenstand,[2]) es kann, da Verkehrssitte nicht objektives Recht ist, nur so überhaupt rechtlich erheblich werden.

Nur wenn eine Verkehrssitte den Parteien beiden bekannt ist, wird sie daher rechtlich relevant, zum mindesten ist erfordert, daß der Gläubiger sie kennt und erwarten muß, daß auch der Schuldner sie kennt — daß sie in diesem Falle überhaupt noch relevant ist, folgt aus Treu und Glauben.[3])

Das kann durch die Tatsache nicht erschüttert werden, daß der Schuldner bei Unkenntnis der Verkehrssitte keinen Grund zu einem entsprechenden rechtsgeschäftlichen Willen haben, die Verkehrssitte also grundsätzlich gar nicht in den Vertrag eingezogen werden kann. Vielmehr ist davon auszugehen, daß das von der Verkehrssitte Erforderte ja stets unerörtert bleibt, da beide Kontrahenten es als bekannt voraussetzen dürfen; wenn aber der Schuldner in allen Fällen tatsächlich von der Verkehrssitte Kenntnis haben müßte, damit das von ihr Erforderte zum Vertragsmoment werden kann, würde in zahlreichen Fällen die Geltung der Verkehrssitte ausgeschlossen sein. Das wäre unhaltbar; und so kommt man zu jenem Erfordernis von Treu und Glauben: unter bestimmten Umständen ist das Kennenmüssen fiktiv dem Kennen gleichzustellen[4]), und damit ruht zugleich, im Interesse der Verkehrssicherheit

---

[1]) Dernburg I S. 395.
[2]) So auch Dernburg II, 1 § 10 S. 25 (1900), Bürgerl. R.
[3]) So auch Danz a. a. O. S. 164, 1897.
[4]) vgl. parallel ROHG. 15 S. 251.

die Geltung der Verkehrssitte auf einer geordneten rechtlichen Grundlage.[1])

So erzeugt eine bestehende, im konkreten Falle zwischen den Kontrahenten wirksame Verkehrssitte gleich der ausdrücklichen Vertragsabrede Verpflichtungen und Rechte betreffend Lieferung frei von unerheblichen und erheblichen Mängeln bezw. Pflicht und Recht betreffend deren Beseitigung.[2])

2. Der Verpflichtung des Verkäufers mangelfrei zu liefern, steht in solchem Falle das Recht des Käufers auf Lieferung solcher mangelfreien Sache gegenüber. Zur vollständigen Erfüllung des Kaufvertrages seitens des Verkäufers gehört dann nicht bloß die Erfüllung der Pflichten der §§ 433 ff.; hinzu tritt dieser Nebenvertrag des Kaufvertrages, der selbst nach allgemeinen Grundsätzen zu erfüllen ist. Eine Leistung der Sache mit den zu beseitigenden Mängeln behaftet kann der Käufer zunächst als nicht ordnungsgemäße Erfüllung (arg. § 363) zurückweisen: er hat einen Anspruch auf Beseitigung des Mangels.

Leistet der Verkäufer die Sache nach Mahnung des Käufers oder deren Äquivalenten (§ 284 BGB.) noch nicht ordnungsgemäß, so kommt er mit der Erfüllung dieses Nebenvertrages des Kaufvertrages in Verzug. Und nunmehr hat der Käufer (§ 286 BGB.) gegen den Verkäufer:

a) 1. den Anspruch auf Erfüllung: d. i. Beseitigung des Mangels (Nachbesserung), und dazu

---

[1]) Über zeitliche und örtliche Verschiedenheit der Verkehrssitte, über den Bereich rechtlicher beachtlicher Verkehrssitte vgl. z. B. Dernburg, Bürgerl. R. II, 1. S. 25.

[2]) Einen praktischen Fall dieser Art führt Dernburg, Bürgerl. R. II, 2 § 184 S. 53 an, im Anschluß daran, daß Kenntnis der Mängel trotz § 460 die Haftung nicht ausschließt, wenn der Mangel erst zu beseitigen ist: verkehrsüblich sind Schrammen in der Politur eines als neu gekauften Tisches vor der Ablieferung zu beseitigen. — Diese Rechtslage hat übrigens Anlaß zu einem Streite gegeben, dessen Wesen in der höchst schwierigen Frage nach der Existenz und dem Wesen stillschweigender Zusicherungen, insbes. stillschweigend zugesicherter Eigenschaften der Kaufsache ruht. Entgegen Dernburg a. a. O., der aus der Verkehrssitte einfach die Vertragspflicht der Beseitigung des Fehlers entstehen läßt, sehen Planck ad § 460 S. 465 (1904); Kipp, DJZ. 1903 S. 255 und ebenso Cosack a. a. O. I S. 431 durch die Verkehrssitte eine stillschweigende Zusicherung der Beseitigung gegeben, der sie naturgemäß außerdem verschärfte Rechtsfolgen beigeben. Über die Frage siehe unten Teil II.

2. den Anspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung.[1])

b) Hat die Leistung, d. i. Nachbesserung infolge des Verzuges, für den Käufer kein Interesse mehr, so kann er unter Ablehnung der Nachbesserung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen — die §§ 346 bis 356 wären entsprechend anzuwenden.

c) Endlich stehen dem Käufer die Rechte des § 326 zur Verfügung. Allerdings erscheint hier, vom Gesichtspunkte des gegenseitigen Vertrages, also des Kaufes, aus, die Mängelbeseitigungspflicht des Verkäufers nicht als Gegenstand eines selbständigen Vertrages, vielmehr als ein Teil der Leistungspflicht im Sinne der Erfüllung des Kaufvertrages; der Verzug tritt nur hinsichtlich der Mängelbeseitigung ein, also hinsichtlich eines qualitativen Teiles der Leistung.[2]) Davon ist bei Anwendung des Paragraphen auszugehen.

1. Der Käufer kann dem Verkäufer, der mit der Beseitigung des Mangels im Verzuge ist, eine angemessene Frist zur Beseitigung setzen, mit der Erklärung, daß er die Annahme der Leistung (Nachbesserung) nach dem Ablauf der Frist ablehne.

---

[1]) Man könnte hier im Zweifel sein, ob denn ein Anspruch auf Erfüllung und zugleich Schadensersatz an sich überhaupt denkbar wäre. Man wird logischerweise fordern wollen, daß erst die Leistung tatsächlich eingetreten sein muß, ehe man den Schaden ganz übersehen könne, daß man also vorher von einem Schadensersatze noch gar nicht sprechen könne. Dieser Gedanke war auch für einzelne Schriftsteller z. B. Staub a. a. O. S. 1248 und 48 und Jacobi a. a. O. S. 30 zweifellos maßgebend. Dagegen steht aber die Mehrheit, die einen Verzugsschaden als sofort mit dem Erfüllungsanspruch veranschlagbar und damit einforderbar ansieht; z. B. Crome, System S. 447 Anm. 33; Saenger a. a. O. S. 6. Man wird dieser letzteren Meinung den Vorzug geben, da das Gesetz deren Annahme durch sein Schweigen begünstigt, und es nicht zu ersehen wäre, warum ein positiv festzustellender Schade nicht sofort geltend gemacht werden sollte. — Zu ersetzen ist der Schade, der dadurch entsteht, daß der Käufer noch eine Zeitlang die Sache, so Schollmeyer, J. f. D. 49 S. 115, richtiger: die Sache ohne den Mangel entbehren muß.

[2]) Man könnte zunächst im Zweifel sein, ob an sich ein Verzug hinsichtlich eines qualitativen Teiles einer Leistung denkbar wäre. Daß er nur bei quantitativen Teilen möglich wäre, vertreten z. B. Staub a. a. O. ad § 374 Anm. 143 a. E. S. 1309; Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 385. Ein Verzug ist aber auch bei qualitativen Teilen anzunehmen. § 633 Abs. 3 spricht ausdrücklich von einem Verzuge in der Beseitigung des Mangels; da diese Pflicht zur Leistungspflicht des Werkvertrages gehört, der Mangel in der Regel etwas qualitatives ist, so ergibt sich der Schluß, daß auch teilweise qualitative Nichterfüllung in Verzug setzen kann. Teilverzug dieser Art nimmt auch Schollmeyer, J. f. D. 49 S. 115 an.

2. Mangels Nachbesserung innerhalb der Frist, wenn die Lieferung der mangelhaften Sache für ihn kein Interesse hat, unter Ablehnung derselben

α) Schadenersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit — es würden §§ 346—356 entsprechend Anwendung finden, — verlangen oder

β) vom Kaufe zurücktreten, arg. §§ 326 Abs. 1 Satz 3; 325 Abs. 1 Satz 2; 280 Abs. 2.

3. Hat die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges für ihn kein Interesse, so stehen dem Käufer die Rechte ad 2 auch ohne Setzung einer Frist zu.

Während alle diese Rechte und Ansprüche dem Käufer vom Standpunkte der Nachbesserungspflicht aus zustehen, sind ihm naturgemäß auch die Gewährsmängelansprüche gegeben, sofern nur deren Voraussetzungen vorliegen. Insbesondere kann auch eine Zurückweisung der mangelhaften Sache aus Wandlungsbegehr erfolgen, hier aber erst zur Zeit der Übergabe, sofern nicht schon vorher die Gewißheit besteht, daß der Pflicht der Beseitigung nicht genügt werden würde.

II. Die zweite große Kategorie von Mängeln, bei denen ein Nachbesserungsanspruch des Käufers in Frage kommt, betrifft das Fehlen zugesicherter Eigenschaften der Kaufsache, die Mängel des Abs. 2 § 459.

a. 1. a_1) Während der Verkäufer seine Sache kennt und sie dem Käufer kaufgerecht zu machen weiß, ist letzterer in der Regel nicht in der Lage, in eine eingehende Prüfung einzutreten. Bei den Mängeln des § 459 Abs. 1 bietet das Gesetz dem Käufer zwar einen recht bedeutenden Schutz, aber sei es, daß der Käufer den Verkäufer zu größerer Vorsicht in der Behandlung der zu kaufenden oder gekauften Sache antreiben will, sei es, daß es ihm aus irgend einem Grunde von wesentlichem Interesse ist, daß gerade eine bestimmte Kaufsache die an sich schon verkehrswesentlichen Eigenschaften, oder daß die Sache gerade eine ganz bestimmte Eigenschaft hat, sei es, daß ihm mehr an einer sichernden Entschädigung für den Fall des Nichtvorhandenseins der Eigenschaft liegt, sei es endlich daß der Käufer sich schützen will, weil ihm die genügende Muße fehlt, um die Kaufsache auch nur mit einiger Sorgfalt auf das Vorhandensein selbst evidenter Fehler zu untersuchen und so den drohenden Verlust der gewöhnlichen Rechtsmittel:

Wandlung oder Minderung zu verhindern[1]) (§ 460) in allen Fällen bietet das Gesetz dem Käufer das Mittel der vertragsmäßigen Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache, um seine Sicherheit ganz erheblich zu erhöhen.

Entsprechend dieser bedeutenden Rolle, welche die rechtserhebliche Zusicherung von Eigenschaften im praktischen Leben zu spielen geeignet ist, kommt auch dem Begriffe der Zusicherung von Eigenschaften eine größere Bedeutung zu. Da der Verkehr gerade beim Abschluß von Kaufverträgen Differenzierungen in den Abreden durch Verkürzung und Vereinfachung der Ausdrucksweise, durch Symbolisierung und andere Mittel verkehrsfähiger zu machen strebt, andererseits aber die dem Handel eigentümliche Anpreisung der Ware, eine Differenzierung der Abreden zu verwischen droht, erscheint einer Klarlegung der wesentlichen Momente einer rechtserheblichen Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache als zweckmäßig, — zur Abgrenzung gegenüber den gewöhnlichen stillschweigenden Abreden über mangelfreie Lieferung als notwendig.

Während im römischen und gemeinen Recht zwischen dicta: seitens des Verkäufers bloß angegebenen Eigenschaften, und promissa: ausdrücklich versprochenen Eigenschaften unterschieden und schon den dicta in erhöhter Haftung als Rechtsfolge eine größere Bedeutung beigegeben wurde,[2]) ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nur die „Zusicherung" geeignet, über das Maß der gewöhnlichen hinausgehende gesetzliche Rechtsfolgen zu zeitigen.[3])

---

[1]) „. . . Ist dem Käufer ein Mangel der im § 459 Abs. 1 bezeichneten Art infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben" so haftet an sich der Verkäufer nicht.

[2]) Dieselbe Unterscheidung noch bei Oertmann S. 182 ad § 459 Nr. 5; früher ebenso Crome im Arch. f. ziv. Prax. 78 S. 140, der aber in Part. Rechtsgesch. S. 288 diesen Standpunkt aufgegeben hat; im Grunde auch so Engeling a. a. O. S. 15. Das BGB. kennt solche Unterscheidung nicht, vgl. auch Prot. I S. 688 f.

[3]) Hierbei ist zu bemerken, daß nicht bloß Eigenschaften, die einen Verzug der Sache darstellten, auf welche der Käufer ohne Zusicherung nicht rechnen durfte, sondern jede Eigenschaft der Sache einer Zusicherung teilhaftig werden kann. Der Grund ist in der Folge der verschärften Rechtsfolgen (z. B. §§ 460, 463 BGB.) zu finden. Zudem weist schon das Gesetz selbst im § 459 Abs. 2 auf diesen Schluß hin. Durchaus unrichtig vertreten Goldmann-Lilienthal a. a. O. § 134 S. 492 und Stamm a. a. O. S. 12 die gegenteilige Ansicht. Ihnen steht auch die bei weitem überwiegende Mehrheit aller Schriftsteller gegenüber, als deren Vorkämpfer Staub a. a. O. ad § 377 Anm. 32 S. 1357 genannt werden kann.

b_1) Die Grundlage ist das Vorhandensein einer tatsächlichen „Zusicherung" von Eigenschaften der Kaufsache.

Eine „Zusicherung" stellt sich dar als eine besondere Hervorhebung von Eigenschaften der Kaufsache zum Zwecke besonderer Bewertung derselben.

Unter den Begriff „Eigenschaften" fallen nicht nur die natürlichen, der Sache bleibend innewohnenden Eigenschaften, sondern auch solche tatsächliche und rechtliche, sei es in der Gegenwart, sei es in der Vergangenheit liegende Verhältnisse, welche zufolge ihrer Beschaffenheit und der vorausgesetzten Dauer nach den allgemeinen Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache zu üben pflegen,[1]) z. B. die Rentabilität eines Miet- oder Kaufgegenstandes.[2]) Dabei aber hat bei solchen Verhältnissen eine Beschränkung auf Ort und Zeit stattzufinden, für welche die Garantie vernünftigerweise beziehentlich nach Verkehrsgrundsätzen übernommen werden könnte.[3]) Zusicherungen, daß ein Dritter irgend welche für den Kauf wichtige Leistungen machen werde, oder daß ein Recht gegen einen Dritten werde erworben bezw. übertragen werden, ist regelmäßig keine zugesicherte Eigenschaft der verkauften Sache i. S. des § 459.[4])

Das Kriterium für Vorliegen solcher „Zusicherung" im konkreten Falle ist, daß der Käufer zu der Überzeugung kommen kann: der Verkäufer könne und wolle, was er da von der Kaufsache versichert, in seinen besonderen Rechtsfolgen vertreten.

Allgemeine Erklärungen, daß die zum Verkauf gestellte Ware frei

---

[1]) JurW. 1902 S. 271 Nr. 207 Kammergericht; so heute allgemein die Praxis z. B. RG. 21 S. 311, 52 S. 2; Rechtspr. d. OLG. 8 S. 65; und Wissenschaft z. B. Crome im Recht 1902 S. 335; Planck a. a. O. S. 363 ad § 459 (1904); Endemann a. a. O. S. 990 Anm. 23; Ehrlich a. a. O. S. 30; Dernburg, Bürgerl. R. II, 2 S. 51; Stamm a. a. O. S. 6 f.; Staudinger S. 76 ad § 459 Abs. 2 (1905); Oertmann a. a. O. S. 183 Nr. 5 ad § 459.

[2]) Wohl zu beachten ist, daß die Zusicherung nur eine Behauptung von Tatsachen, nicht von Urteilen enthalten darf. JurW. 99 S. 506; Düringer-Hachenburg a. a. O. 131 II S. 228 ff.; Staudinger S. 75 ad § 459 II (1905).

[3]) Crome a. a. O. im Recht 1902; Staudinger eod.

[4]) Staudinger S. 75 ad § 459 II (1905) unter Hinweis auf RG. in JurW. 1902, B 213.

von Fehlern sei, vage Anpreisungen,[1]) jede marktschreierische Reklame überhaupt, sowie bloße Angaben[2]) über die Sache bei den Kaufverhandlungen stellen sich demnach nicht als „Zusicherung" dar. Hierzu ist vielmehr erforderlich, daß es sich um bestimmte Eigenschaften handelt, für die der Verkäufer ernstlich eine besondere Haftung zu übernehmen bereit ist.[3]) Daß auch eine Zusicherung der Freiheit der Sache von allen Fehlern unter solchen Umständen möglich ist, wird zwar von der herrschenden Meinung in der Literatur abgelehnt, scheint aber durchaus angenommen werden zu können, sofern bloß keine Herstellungspflicht gewollt ist (vgl. unten); soweit letztere anzunehmen ist, wäre allerdings eine derartige Zusicherung nicht möglich, da ein Verkäufer gar nicht wissen kann, ob seine Sache wirklich von allen Fehlern frei sei, und sich in diesem Falle seine Erklärung doch wieder zu einer allgemeinen Anpreisung verflachen würde.[4])[5])

c_1) Eine Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache ist aber nicht ohne weiteres rechtserheblich. Die Zusicherung geschieht regelmäßig im Interesse des Käufers hinsichtlich besonderer Rechtsfolgen; er verlangt, und der Verkäufer gibt sie. Sie stellt sich dar als Bestandteil des Kaufvertrages;[6]) sie selbst muß in der Vertragsform geschehen. „Eine vertragsmäßige Zusicherung . . . aber für bestimmte Eigenschaften liegt nicht schon dann vor, wenn beide Parteien eine bestimmte Eigen-

---

[1]) vgl. l. 19 pr. D. de aed. ed 21, 1 sächs. BGB. § 906.

[2]) Daher ist die Bemerkung Scherers a. a. O. S. 519 Nr. 5 ad § 459 unrichtig, daß sobald z. B. ein Wort wie „Ackerpferd" gebraucht ist, bereits eine Zusicherung vorliege, abgesehen davon auch i. a. S. unrichtig, vgl. unten Text.

[3]) So auch allgemein in der Literatur, z. B. Engeling a. a. O. S. 15; Lübbe a. a. O. S. 4; Kuhlenbeck, Von d. Pand. S. 255; Stamm a. a. O. S. 6f.; Staudinger (1905) S. 75 ad § 459 II; Hanausek, Haftung I S. 69; Dernburg, Bürgerl. R. II, 2 § 184 S. 51 (1901); Crome im Recht 1902 S. 334.

[4]) So auch, soweit es den Viehkauf angeht, z. B. Scherer a. a. O. ad § 492 S. 490; Tielker a. a. O. S. 81 läßt eine Garantie, für alle Fehler haften zu wollen, allerdings nur für die i. S. des § 459 Abs. 1 (unrichtig) grundsätzlich zu.

[5]) Dabei ist zu bemerken, daß die Frage: ob man es mit einer allgemeinen Anpreisung zu tun habe, eine Tatfrage ist; unrichtig Scherer a. a. O. ad. § 459 S. 517; richtig mit der allgemeinen Meinung z. B. ausdrücklich Lübbe a. a. O. S. 4.

[6]) Ausdrücklich dieser Ansicht RG. 28. 1. 1903, JurW. 43.

schaft bei dem Kaufobjekt übereinstimmend als vorhanden voraussetze, und dieser Voraussetzung Ausdruck geben." Solche Eigenschaften unterstehen gerade der Regelung des § 459 Abs. 1.[1]) Das Kriterium ist, „daß der Käufer in erkennbarer Weise seinen Kaufswillen von dem Vorhandensein bestimmter Eigenschaften der Sache abhängig macht und zugleich der Verkäufer seinen Willen, dafür einzustehen, zu erkennen gibt".[2]) Es ist also die rechtserhebliche Zusicherung als Garantieversprechen für das Vorhandensein der betreffenden Eigenschaft aufzufassen, wobei Vertrag condicio sine qua non ist.[3])

Die Tatsache, daß die rechtserhebliche Zusicherung Vertragsbestandteil ist, legt den Schluß nahe, daß sie daher auch in der Form des Vertrages selbst geschehen muß. Das aber ist in der Literatur strittig. Die überwiegende Meinung geht auf Annahme der Vertragsform auch für die Zusicherung.[4]) Demgegenüber behaupten Stamm[5]) und Dernburg,[6]) daß mündliche Abrede in jedem Falle wirksam sei, letzterer mit Berufung auf Treu und Glauben, und daß das Gesetz ohne Unterscheidung von Zusicherungen rede. Eine Mittelstellung nimmt neuerdings Schollmeyer[7]) ein: insoweit die Zusicherung die

---

[1]) vgl. RG. i. DJZ. 1903, 31, Entsch. d. OLG. (Frankfurt) 9, S. 1. Wäre selbst nach den Umständen eine Herstellungspflicht durch stillschweigende Willenserklärungen begründet, so läge noch immer nicht eine Zusicherung vor; inwieweit eine „stillschweigende Zusicherung" überhaupt annehmbar erscheint, darüber unten im Text.

[2]) Entsch. d. OLG. (Frankfurt) 28. 1. 1904; RG. i. DJZ. 1903, 31 N. 4; RG. i. JurW. 1903 Bd. 43; RG. 54, 222.

[3]) Zum selben Resultat kommen Crome im Recht 1902 S. 33 f.; Scherer a. a. O. S. 517 f.; Planck (1904) a. a. O. ad. § 459 S. 363; Stamm a. a. O. S. 46; Staudinger (1905) a. a. O. ad § 459 Abs. 2 S. 74; Hirsch-Nagel a. a. O. ad § 492 S. 75; Langbein a. a. O. S. 13; Schollmeyer, E. Sch. S. 25 (1904); Crome, System II S. 457; Stahl a. a. O. S. 15; Eckert a. a. O. S. 30; Endemann a. a. O. I S. 990; falsch, weil er vertragsmäßig Zusicherung nicht erfordert: Lübbe a. a. O. S. 4; offenbar auch Engeling a. a. O. S. 15.

[4]) Crome im Recht 1902 S. 344; Planck (1904) ad § 459 S. 363; Eccius a. a. O. S. 309; RG. i. JurW. 1902 Bd. 247; RG. 52, 1 ff.; RG. 54, 223, 56, 50; Staudinger (1905) ad § 459 Abs. 2 S. 75; Schneider im Recht 1903 S. 522; früher Schollmeyer, E. Sch. (1904) S. 25; Düringer-Hachenburg a. a. O. III S. 74.

[5]) a. a. O. S. 46.

[6]) Bürgerl. R. II, 2 S. 51 (1901).

[7]) J. f. D. 49 S. 99.

Übernahme einer Vertragspflicht enthielte, bedürfe sie der Form des Hauptvertrages, soweit das nicht der Fall sei, sei sie formlos wirksam. Schollmeyer ist ohne weiteres recht zu geben, insoweit er für Zusicherung mit Verschaffungsinhalt die Form des Hauptvertrages angewendet wissen will. Denn in den Fällen, in denen eine besondere Form des Vertrages gesetzlich vorgeschrieben ist, wäre der Grund hinsichtlich des ganzen Vertrages wie hinsichtlich des Inhaltes der Zusicherung derselbe (vgl. Verkauf von Grundstücken und Schenkungen). Zweifelhaft ist es dagegen hinsichtlich der Zusicherung ohne Verschaffungsinhalt. Aber auch hier dürfte Schollmeyer zustimmen, und zwar aus dem von Dernburg angezogenen Grunde von Treu und Glauben.

Es wäre in diesem Zusammenhange endlich der Fall der Zusicherung seitens mehrerer Verkäufer hervorzuheben. Solche Zusicherung hat derart zu erfolgen, daß zur Verbindlichkeit jeder einzelne die Zusicherung abzugeben hat.[1])

d_1) Die zum Vertrage führenden Willenserklärungen können *stillschweigende* sein.

Wie ist es mit den stillschweigenden Erklärungen bei rechtserheblichen Zusicherungen? Daß die Annahmeerklärung stillschweigend abgegeben werden kann, steht außer Frage.[2])

Anders mit der die Zusicherung begründenden Erklärung des Zusichernden. Von einer stattlichen Anzahl Schriftsteller wird eine stillschweigende rechtserhebliche Zusicherung grundsätzlich für unmöglich gehalten. Eine Zusicherung dürfe nicht aus Erfahrungsgrundsätzen ergänzt werden. Weil über das Maß des Gewöhnlichen hinausgehend, bedürfe sie der besonderen Hervorhebung, dem werde aber nicht Rechnung getragen, wenn man aus der Erfahrung schließe. Eine Zusicherung könne daher nicht anders als ausdrücklich geschehen.[3])

---

[1]) RG. i. JurW. 1903 S. 124; *Staudinger* (1905) S. 74 ad § 458 Abs. 2; *Planck* (1904) S. 363 ad § 459; *Neumann*, Jahrb. 3 ad § 459 ff.; RG. in Rhein. Arch. 100 II, 94 ff. Ebenso über Zusicherung eines Verkaufsvermittlers RG. i. JurW. 1904.

[2]) So z. B. JurW. 1896 S. 362; *Staudinger* a. a. O. (1905) S. 74 ad § 459, 2. Hinsichtlich allgemein versandter Prospekte ROHG. 21, 195; *Düringer-Hachenburg* a. a. O. III, 7, 129.

[3]) *Emerich* a. a. O. S. 61; *Langbein* a. a. O. S. 13; *Crome* im Recht 1902 334, Part. Rechtsgesch. S. 282 Anm. 5, S. 287; *Schröder* a. a. O. S. 19.

Weiter aber sei eine „stillschweigende Zusicherung" schon aus demselben Grunde nicht denkbar, aus dem eine rechtserhebliche Zusicherung überhaupt als nicht vorliegend zu erachten sei; da Zusicherung erst vorliege, wenn der Käufer seinen Kaufswillen in erkennbarer Weise von dem Vorhandensein bestimmter Eigenschaften der Sache abhängig mache, und der Verkäufer seinen Willen, dafür einzustehen, zu erkennen gebe, so schließe eine Zusicherung schon begrifflich eine diesbezügliche stillschweigende Willenserklärung aus.[1])

Nur beim Grundstückskauf könne nach Ansicht des Reichsgerichtes in zit. Entsch., und zwar unter Zuhilfenahme einer Verkehrssitte nach §§ 157, 242 BGB., in der Zugrundelegung von Lageplänen mit Maßangabe die Zusicherung einer bestimmten reinen Baulandfläche gefunden werden, jedoch nur, wenn bewiesen würde, daß eine dahingehende Verkehrssitte besteht, und daß diese dem Verkäufer bekannt gewesen sei; zudem könnten nur solche Lagepläne in Betracht gezogen werden, die nachweislich der Verkehrssitte entsprechen.

Wieder andere: durch Aufnahme der Berücksichtigung des vertragsmäßig vorausgesetzten Gebrauches erledige sich der Begriff der stillschweigend zugesicherten Eigenschaften; unter der Bezeichnung werde heute nur noch das ausdrückliche Garantieversprechen zu verstehen sein,[2]) also ausgehend von dem Gedanken, daß die vertragsmäßige Voraussetzung eines bestimmten Gebrauches der Sache die Vertragsbasis bezüglich der zu prästierenden Mängel über die gewöhnlichen erhebe; die Eigenschaften, welche in Hinsicht auf den Gebrauchszweck stillschweigend vorausgesetzt würden und werden dürften, seien niemals stillschweigend zugesicherte, sondern gewöhnliche nach dem Vertrage vorausgesetzte Eigenschaften.

Sicher darf die Zusicherung nicht aus Erfahrungsgrundsätzen geschlossen werden; wo bliebe da die Grenze gegen die Mängel des Abs. 1 § 459 BGB.? Wie wäre das mit dem Begriffe der rechtserheblich zugesicherten Eigenschaft im Sinne des Textes und der herrschenden Meinung zu vereinen? Sicher sind nach dem Vertrage vorausgesetzte Eigenschaften noch keine stillschweigend zugesicherten; nach

---

[1]) RG. in DJZ. 1903, 31 Note 4, vgl. oben. Auch Crome a. a. O. sachlich mit dieser Begründung; Staudinger a. a. O. (1905) S. 74 ad § 459 Abs. 2.

[2]) Z. B. Schröder a. a. O.

dem Vertrage vorausgesetzter Gebrauch erhöht die objektive Vertragsbasis bezüglich der zu prästierenden[1] Mängel im Sinne des Abs. 1 § 459, die Zusicherung nicht, daher der Unterschied in der Haftung.

Durchaus zu verwerfen ist aus diesem Grunde die Ansicht,[2] welche schon bloßes Andeuten des Gebrauchszweckes genügen läßt, um die bedingenden Eigenschaften als stillschweigend zugesichert annehmen zu können (z. B. „Zugpferd", „Reitpferd"), wonach der Verkäufer, wenn er die mangelhafte Ware selbst verfertigt hätte — bei Kauf! — die stillschweigende Zusicherung ihrer Brauchbarkeit gäbe; endlich, nach der auch ohne diese Voraussetzungen eine Zusicherung stillschweigend erfolgen könne, wenn und soweit Verträge diesbezüglich gutgläubig ausgelegt werden müßten — ohne jedes objektive Kriterium! —, oder wenn man stillschweigende Zusicherung dann annehmen will, wenn Sachen zu einem bestimmt erklärten Zweck gekauft oder angeboten werden, welcher gewisse Eigenschaften derselben voraussetzt.[3] Oder wenn man die im Verkehr selbstverständlichen Eigenschaften als stillschweigend zugesichert angesehen wissen will.[4][5]

Aber ebensowenig annehmbar ist es, wenn man etwa aus dem Begriffe der rechtserheblichen Zusicherung an sich die Unmöglichkeit stillschweigender Zusicherung folgern wollte. Die Auffassung des Reichsgerichts selbst, die in allen Punkten durchaus die Sache trifft, kennt als wesentlich nur, daß in erkennbarer Weise der Käufer seinen Kaufswillen vom Vorhandensein bestimmter Eigenschaften abhängig mache und der Verkäufer seinen Willen, einstehen zu wollen, kundgebe.

---

[1]) vgl. Crome a. a. O.

[2]) Scherer a. a. O. S. 518, 538, 549, 569.

[3]) Stamm a. a. O. S. 13.

[4]) So Kipp, DJZ. 1903 S. 255: „Wer Fässer verkauft, haftet auf vollen Schadensersatz, wenn sie nicht heil sind, weil eine so selbstverständliche Eigenschaft als zugesichert gelten muß." Ebenso mit mehr oder minder ausgeführter Begründung: Planck a. a. O. (1904) S. 363, 465; Cosack a. a. O. I S. 431; Lenel, Arch. f. ziv. Prax. 1879 S. 103; Hirsch-Nagel a. a. O. S. 76; König a. a. O. S. 14; Lübbe a. a. O. S. 4; Kuhlenbeck, Pand. S. 255; Schollmeyer, E. Sch. S. 23 (1904); Ehrlich a. a. O. S. 32; Epping a. a. O. S. 14.

[5]) Hierin kann, wie oben erläutert, nach der Verkehrssitte die Begründung einer Verpflichtung liegen, frei ohne bestimmte Mängel zu liefern. Vgl. Dernburg a. a. O.

Erkennbar aber kann das auch ohne ausdrückliche Erklärung kundgegeben werden.

Danach ist das Gebiet der stillschweigend zugesicherten Eigenschaften allerdings ein recht beschränktes geworden. Unter Zugrundelegung der oben gegebenen Begriffsbestimmung der rechtserheblich zugesicherten Eigenschaften an sich wird man zu folgenden Fällen stillschweigender Zusicherung kommen können:

1. Es besteht eine Verkehrssitte, in bestimmten Rechtsverhältnissen eine bestimmte Eigenschaft, wenn nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend zuzusichern.[1])

2. In unmittelbarer Zusicherung:

a) Der Käufer (resp. bei anderen Rechtsverhältnissen der ihm Gleichstehende) verlangt ausdrücklich von der zu kaufenden Sache bestimmte Eigenschaften; der Verkäufer nimmt konkludente Handlungen vor.

b) Der Verkäufer schreibt vor und bei den Verhandlungen der Kaufsache dem Käufer gegenüber eine gewisse Beschaffenheit derart zu, daß der Käufer Grund hat, hierauf zu bauen.[2])

3. In mittelbarer Zusicherung: bei Zusicherung einer Eigenschaft wird implizite stillschweigend die Abwesenheit aller Eigenschaften zugesichert, die nach Treu und Glauben die Existenz oder wirtschaftliche Verwertbarkeit der Eigenschaft in Frage stellen würden.[3])[4])

4. a) Gemäß § 494 BGB. sind bei einem Kaufe nach Probe oder nach Muster die Eigenschaften der Probe oder des Musters als stillschweigend zugesichert anzusehen, dabei bleibt es völlig gleichgültig, welchem Zwecke die Sache dienen sollte; wäre darauf der Nachdruck gelegt, so entbehrte die gesetzliche Interpretation auf stillschweigende Zusicherung der inneren Berechtigung:

---

[1]) RG. in DJZ. 1903 a. a. O., oben, in beschränktem Maße.

[2]) So Dernburg, Bürgerl. R. II, 2 (1901) S. 51. In seinem Sinne Stölzle a. a. O. (1900) S. 130 ff.

[3]) Z. B. das Nichtfunktionieren der Bremse eines Automobils bei der zugesicherten Geschwindigkeit von 50 km. Hier ist die zugesicherte Eigenschaft als fehlend anzusehen.

[4]) So auch: Leistner a. a. O. S. 15; Stamm a. a. O. S. 13; Epping a. a. O. S. 14. Zusicherung der Abwesenheit von Fehlern ist Zusicherung von Eigenschaften im Sinne des Gesetzes. Mot. II S. 228.

es handelt sich dann um den nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch.

b) Aus demselben Grunde und in Anbetracht der wirtschaftlichen und rechtlichen Gleichlagerung ist man berechtigt, zu § 494 eine Analogie dahin zu bilden: als stillschweigend zugesichert gelten auch Eigenschaften der Sache gemäß allgemein versandten Prospekten, wenn nur die besonderen Eigenschaften der Sache darin gebührend hervorgehoben und die typischen Merkmale der Zusicherung an sich darin enthalten sind.

c_1) Schließlich ist nur noch darauf hinzuweisen, daß oftmals die Grenze zwischen Zusicherung von Eigenschaften beim Kaufe und bedingten Kaufe eine recht flüssige ist. Oftmals kleiden die Parteien die Zusicherung in die Sprachform der Bedingung, ohne einen Kauf unter einer Bedingung im technischen Sinne abschließen zu wollen. Sollte in der Tat eine Bedingung hinsichtlich einer Eigenschaft in das Geschäft hineinzutragen beabsichtigt gewesen sein, so träte beim Nichteintritt resp. Fortfall der bedingenden Tatsache nicht die Mängelhaftung beim Kauf, sondern da ein Kauf überhaupt nicht zustande gekommen oder bereits wieder aufgehoben ist, das allgemeine Recht vom Nichteintritt von Bedingungen ein.

2. a_1) War schon der Begriff der zugesicherten Eigenschaft ein nicht ganz klarer, so ist das *Wesen* solcher Zusicherung um ein Erhebliches komplizierter. Zusicherung ist materiell nur eine Versicherung eines gewissen Zustandes der Kaufsache, mit dem Willen, für diesen Zustand in bestimmter Weise erhöht haften zu wollen. Das letztere aber ist das Wesentliche. Rechtserheblich ist nur die vertragliche Zusicherung. Jener Wille zu besonderer Haftung wird also zum *Versprechen*. Nur in den seltensten Fällen kommt dieses zum Ausdrucke, weil ein integrierender Bestandteil der Zusicherung. Dieses in der Regel stillschweigend gegebene gesetzlich oder besonders vertraglich festgelegte Versprechen erhöhter Haftung in bestimmter Weise ist das *Garantieversprechen*.[1])

Zusicherung und Garantieversprechen sind demnach untrennbar miteinander verbunden, indem beide wesentliche Teile des Gesamtbestandes der „Zusicherung" (im weiteren Sinne) sind.

---

[1]) So auch Mot. II S. 228.

b_1) Die Garantie ihrerseits ist im Verkehrsleben höchst vielgestaltig. Jeder konkrete Fall kann kraft der Vertragsabrede eine besonders gestaltete Garantie enthalten. Trotzdem kann man zwei große Kategorien von Garantien unterscheiden, mit Rücksicht auf einen Nachbesserungsanspruch des Garantieempfängers von besonderer Wichtigkeit:

1. Die Garantie kann eine besondere Einwirkung auf die Vertragspflichten zum wesentlichen Inhalte haben, verbunden mit einer Verschärfung der Haftung. Das wird in der Regel dann der Fall sein, wenn es dem Garantieempfänger darauf ankommt, die Sache mit der zugesicherten Eigenschaft, nötigenfalls durch Nachbesserung, zu erhalten (Lieferungsgarantie).

2. Die Garantie kann aber auch nur eine Besonderheit der Rechtsfolgen für den Fall des Nichtvorhandenseins der zugesicherten Eigenschaft zum wesentlichen Inhalte haben; und das wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn der Garantieempfänger für den Fall des Fehlens der zugesicherten Eigenschaft mit einem Ersatze befriedigt, diesen einer Nachbesserung vorziehen will (Ersatzgarantie).[1])

c_1) Aus der großen Anzahl der möglichen Arten von Garantien der Praxis sind es indessen nur ganz wenige, die vom Standpunkte eines etwaigen Nachbesserungsanspruchs aus interessant sind:

Zugesichert wird:

1. Die Eigenschaft ist vorhanden; daraufhin wird mit dieser Zusicherung als wesentlichem Vertragsbestandteile der Kauf abgeschlossen;
2. Die Eigenschaft wird vorhanden sein, zur Zeit des Gefahrüberganges;
3. Die Eigenschaft ist vorhanden; stillschweigend (z. B. nach Verkehrssitte) wird dazu gesetzt: und sollte sie nicht vorhanden sein, so wird sie beim Gefahrübergange vorhanden sein;
4. Die Eigenschaft wird vorhanden sein zur Zeit des Gefahrüberganges, beide Kontrahenten wissen, daß sie jetzt nicht vorhanden, doch ist die Zusicherung derart verstanden, daß die Eigenschaft aus der Natur der Sache selber entstehen wird.[2])

---

[1]) Eine besondere Art der Garantie ist der Vorbehalt des Rücktrittsrechtes i. S. des § 346, auf den Staudinger a. a. O. (1905) S. 68 aufmerksam macht. Doch ist das in diesem Zusammenhange aber unbeachtlich.

[2]) Auf diesen Fall macht Eccius S. 30 a. a. O. zuerst aufmerksam.

Welcher von jenen beiden Kategorien entfallen die in diesen Zusicherungen enthaltenen Garantien?

Wie Fall 1 aufzufassen ist, ergeben die Fälle 2 und 3 per arg. e contr.

Wenn jemand zusichert, es werde eine Eigenschaft bei bestimmtem Zeitpunkte vorhanden sein, so ist das gar nicht anders zu denken, als daß der Zusichernde sich verpflichtet, die Sache mit dieser Eigenschaft zu liefern; es ist der Ausdruck des besonderen Versprechens, an der Sache die betreffende Eigenschaft herzustellen, unter Verschärfung der Haftung für den Fall der Nichterfüllung.[1]) Wobei es übrigens völlig unerheblich bleibt, ob die Kontrahenten das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Eigenschaft im Zeitpunkte der Zusicherung gekannt haben oder nicht. Dieses besondere in der Garantie enthaltene Versprechen gibt dem Hauptvertrage nicht etwa die rechtliche Qualifikation des Werkvertrages, auch nicht diesem Nebenvertrage selbst, sondern der Kaufvertrag mit seinem Nebenvertrage stellt sich als ein einheitliches Ganzes: als Kaufvertrag dar.[2]) Ob nun die Verpflichtung, eine Eigenschaft herzustellen, übernommen wird durch Zusicherung für die Zeit des Gefahrüberganges in der angegebenen Weise, oder wie im Fall 3 stillschweigend unter der Bedingung, daß die Eigenschaft jetzt nicht vorhanden ist, das Wesen der Garantie bleibt in beiden Fällen dasselbe: eine Verpflichtung herzustellen ist erzeugt.

Implizite folgt aus dieser Klarlegung: die Garantie des Falles 1 kann eine Herstellungspflicht nicht enthalten.

Im Falle 4 endlich bleibt, wie Eccius a. a. O.[3]) eingehend ausführt, von den Parteien eine Herstellungspflicht gerade ausgeschlossen; die einzige Modifizierung der gesetzlichen Haftung besteht darin, daß

---

[1]) Dieses Moment ist wesentlich, weil sonst Zusicherung und einfache Verpflichtung zur Herstellung identisch sein müßten: das aber ist begrifflich und sachlich unmöglich. Trotzdem wird dieses Moment von keinem einzigen Schriftsteller berücksichtigt, wenngleich alle die Besonderheit des Versprechens, insbesondere durch die Außerkraftsetzung des § 460 Satz 1 BGB. anerkennen, z. B. Eccius a. a. O. S. 315; Kipp bei Windscheid S. 654 II; Schollmeyer, E. Sch. (1904) S. 26; J. f. D. 49 S. 119; Cosack a. a. O. S. 438; Leistner a. a. O. S. 19; Dernburg, Bürgerl. R. II, 2 S. 52 (1901); Prot. I S. 672; Mot. II S. 229; Matthiaß S. 497; Titze a. a. O. S. 276; Leske a. a. O. S. 198 u. a.

[2]) So insbesondere Schollmeyer, J. f. D. 49 S. 119.

[3]) So auch Planck a. a. O. (1904) S. 365 ad § 460.

§ 460 Satz 1 hinsichtlich der Kenntnis des Käufers vertraglich ausgeschaltet wird.

Die hierin enthaltene Art der Garantie ist mit der des Falles 1 juristisch gleichgelagert.

Um also subsumieren zu können, ist, was Crome[1]) betont, der Tatbestand zu betrachten, wie im Einzelfalle die Zusicherung, richtiger: die Garantieübernahme gemeint ist.

Angesichts der Erscheinung, daß jene zwei Kategorien der Garantie in ihrem Wesen grundverschieden sind, ist zu untersuchen, welchen Rechtssätzen sie im einzelnen hinsichtlich ihrer Erzwingbarkeit unterstehen. Von vornherein liegt es klar, daß die Rechtslage bei bestehender Herstellungspflicht eine wesentlich andere ist, als bei deren Nichtbestehen.

b) Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt in den §§ 459 ff. neben den gewöhnlichen verkehrserheblichen Mängeln das Fehlen zugesicherter Eigenschaften in seinen Rechtsfolgen. Es ist zunächst die Frage:

1. Sind beide Kategorien von Garantien, oder

2. welche von beiden im Gesetze besonders geregelt?

1. Von vornherein scheint allerdings diese Frage durch § 463 Satz 1 erledigt zu sein: da gibt das Gesetz für den Fall des Fehlens der zugesicherten Eigenschaft zur Zeit des Kaufes ausdrücklich einen Anspruch auf Schadensersatz wegen „Nichterfüllung"; das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft stelle also eine „Nichterfüllung" dar, diese sei aber nur denkbar bei an sich bestehender Pflicht zur Erfüllung; solche Pflicht werde nur durch die Kategorie der Garantien erzeugt, welche die Herstellungspflicht zum Wesen haben: folglich sei nur diese besonders gesetzlich geregelt.

Und doch ist das, wie klarzulegen sein wird, ein Fehlschluß.

2. Ein sehr großer Teil der Literatur ist in der Tat — auf dem Wege jenes Schlusses oder sonst wie — zu dem Ergebnis gekommen, daß die gesetzlich geregelte Garantie im Wesen die Herstellungspflicht enthält.

Ein äußerstes Extrem, allerdings auch völlig vereinzelt, stellt Cromes Auffassung dar: eine Nichterfüllung des Vertrages, eine „Kontraktwidrigkeit" stelle ein Mangel dann dar, wenn der Verkäufer die Abwesenheit des Mangels besonders zugesichert hätte; [2]) dann hätte

[1]) Im Recht 1902 S. 335.

[2]) System S. 444.

er gegen das bezügliche Versprechen verstoßen, — „Zusicherung ist Vertragsbestandteil".[1]) Der Verkäufer ist in jedem Falle zur Lieferung mit der zugesicherten Eigenschaft verpflichtet.[2]) Also könne der Käufer prinzipiell eine Erfüllung des Vertrages beanspruchen, resp. die allgemeinen Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen (§§ 320 ff. BGB.) auf Grund der Vertragswidrigkeit geltend machen. Daneben allerdings müßten ihm „auch" — arg. a majore ad minus — die ädilizischen Ansprüche zugestanden werden. Er gibt demnach[3]) folgende Ansprüche und Rechte nebeneinander gegen den Verkäufer:

1. Rechte wegen Nichterfüllung:
   a) Anspruch auf Beseitigung des Mangels (das ist Erfüllung) nebst Schadensersatz,
   b) Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung,
   c) Rücktrittsrecht;
2. die ädilizischen Rechtsmittel:
   a) Anspruch auf Wandlung,
   b) auf Minderung.

Crome begründet die beiden Ansprüche ad 1a damit, daß er zu § 326 BGB. eine Analogie aufstellt: dieselben Ansprüche nimmt er bei der Gewährleistung für Rechtsmängel als vom Gesetze schon gegeben an. (Das ist unrichtig! vgl. unten.) Diesen Anspruch auf Nachbesserung gesteht er dem Käufer grundsätzlich zu; das wird nicht dadurch erschüttert, daß er praktisch diesen Anspruch für die meisten der Fälle aufgehoben wissen will, denn er fährt dort fort[4]): „Doch verbietet sich eine solche (sc. Beseitigung des Mangels), auch wenn sie möglich ist, hier häufig aus praktischen Rücksichten. Denn sie käme auf eine Reparatur heraus, welche dem Verkäufer nicht zuzumuten ist. Er ist darauf meist gar nicht eingerichtet."[5]) Unerklärlich ist es, wie Crome eine derartige Duplizität der Ansprüche annehmen kann: denn neben Schadensersatz aus § 325 steht der des § 463, neben Rücktrittsrecht des § 325 der Wandlungsanspruch des § 462, dabei hebt er

---

[1]) System S. 457.

[2]) eod. S. 471.

[3]) eod. S. 446, 447, dazu Anm. 21, 22.

[4]) System S. 447.

[5]) Lediglich aus diesem höchst bedenklichen Grunde verweigert er, noch bedenklicher, in § 463 die Naturalrestitution i. S. der Herstellung.

bezüglich des Rücktritts noch ausdrücklich hervor „Gleichheit des Ergebnisses mit der Wandelung“.[1]) Um so weniger erklärlich ist seine Anschauung, als er 1. auf die systematische Stellung der Sachmängelgewähr im Bürgerlichen Gesetzbuch mit keinem Worte eingeht und 2. zu dieser Ansicht doch unmöglich deshalb gekommen sein kann, um den Erfüllungsanspruch zu retten, den er praktisch fast vollständig paralysiert.[2])

Dem Gedankengange Cromes sind alle anderen Schriftsteller derselben grundsätzlichen Auffassung nicht gefolgt. Die besondere Regelung der §§ 459 ff. war für sie in der Frage des Erfüllungsanspruches maßgebend. Trotz der ausdrücklichen Hervorhebung, daß der Erfüllungsanspruch durch §§ 459 ff. ausgeschlossen wird, ist Endemann nichtsdestoweniger der Ansicht[3]): Durch Zusicherung werde positiv eine Sache von besonderer Tauglichkeit versprochen; der Verkäufer verletze hier schuldhaft eine Vertragspflicht, wenn er ohne die Eigenschaft liefere. Von vornherein aber könne der Käufer das „vertragswidrige Leistungsangebot ablehnen“; er kennzeichnet dadurch den Tatbestand der Nichterfüllung.[4]) Ebenso positiv sagt Titze[5]): „der Verkäufer hat die Sache zu gewähren, soweit er bezüglich ihrer Zusicherungen . . . gemacht hat, in dem den Zusicherungen entsprechenden Zustand“. Gerade die Konsequenz, die alle anderen daraus ziehen, lehnt er ab: der Ausschluß eines gesetzlichen Nachbesserungs- (Erfüllungs-) anspruches durch die erschöpfende Aufzählung der Mängelansprüche in den §§ 462, 463, habe auch den Ausschluß einer exceptio non adimpleti contractus hinsichtlich des Mangels zur Folge, mit diesem Rechte aber helfen alle anderen Schriftsteller der Pflichttheorie dem Käufer.[6])

---

[1]) System S. 448.

[2]) Im Ergebnis, wie Crome, früher Schollmeyer, E. Sch. (1897) S. 19.

[3]) a. a. O. Anm. 17 S. 988.

[4]) eod. S. 963.

[5]) a. a. O. S. 275 § 13.

[6]) Wie Endemann: Kipp bei Windscheid § 395 c S. 654 (1900); Stamm a. a. O. S. 48, 52 f., der nur Kipps Beschränkung durch § 320 Abs. 2 nicht anerkennt, da die Haftung des § 459 Abs. 2 auch für geringfügige Mängel zugesicherter Art eintritt. Nimmt man diese exceptio überhaupt an, so ist diese Korrektur angebracht; Schröder a. a. O. S. 13, 84; Berndorff a. a. O. S. 86 f.; Cosack a. a. O. I S. 428; Planck a. a. O. (1905) S. 371 ad § 463; Schollmeyer, E. Sch. (1904) S. 27, 29; Kisch, Unmöglichkeit § 19 S. 193; Eck-Leonhard a. a. O. I S. 446; Stahl a. a. O. S. 1; Matthiaß a. a. O. II S. 497; RG

Die unerklärliche Tatsache aber, daß das Gesetz in den §§ 459 ff. zwar die Pflicht, mit der zugesicherten Eigenschaft zu liefern, begründen, den Anspruch auf Erfüllung aber versagen soll, endlich der innere Widerspruch, durch die Annahme der exceptio non adimpleti contractus das von Gesetzes wegen Fehlende indirekt geben zu wollen, weisen auf die Unhaltbarkeit des prinzipiellen Standpunktes der Pflichttheorie hin.[1])

Weiter kommt man von vornherein angesichts der wesentlichen Verschiedenheiten der beiden Arten von Garantie zu dem Schluß: das Gesetz kann unmöglich diese beiden Arten in den §§ 459 ff. geregelt haben, damit also zu dem positiven Ergebnis: gesetzlich besonders geregelt ist nur die Kategorie der Garantie, deren Wesen auf den Ersatz abzielt („Ersatztheorie").

3. Die Betrachtung der positiven gesetzlichen Regelung ergibt die Richtigkeit dieses Schlusses.

Genau wie bei den gewöhnlichen verkehrserheblichen Mängeln[2]) (Abs. 1 § 459) bedeutet auch hier das Schweigen des Gesetzes von einer Pflicht, mit der zugesicherten Eigenschaft zu liefern:

1. gegenüber der Regelung bei den Mängeln im Rechte,

2. gegenüber der Regelung bei anderen Vertragsarten, insbesondere beim Werkvertrage — vgl. insbesondere § 633, wo die Zusicherung sich auf die Zeit der Ablieferung bezieht, die Garantie also die Herstellungspflicht enthält; vgl. auch § 538 in diesem Sinne — einen Ausschluß dieser Pflicht.

Nur das dritte für die Mängel des Abs. 1 ausschlaggebende Moment: sollte es sich etwa um eine allgemeine Verpflichtung des Verkäufers handeln, die nicht besonders normiert zu werden brauchte, so müßte sie sich durch einen Rückschluß aus der festgestellten Art der Haftung in Verbindung mit dem bloßen Ausspruche, daß gehaftet wird, ergeben — erscheint hier prima facie nicht zutreffend, vielmehr, wie oben schon ausgeführt, scheint für das Gegenteil zu zeugen, daß

---

54 S. 203; Emerich a. a. O. S. 68 f.; Krahmer a. a. O. S. 114; Staudinger a. a. O. (1905) S. 69 f., 76; Lübbe a. a. O. S. 15; Averdunk a. a. O. S. 61. — „Die Pflichttheorie" vertreten alle diejenigen Schriftsteller, welche in der gesetzlichen Regelung die Lieferungsgarantie behandelt sehen.

[1]) vgl. dazu unten Text S. 46.

[2]) vgl. oben Text S. 6 ff.

§ 463 geradezu von „Nichterfüllung“ spricht. Aber auch dieser § 463 spricht tatsächlich *für* einen Ausschluß jener Pflicht.

Auffallen muß die Einschränkung des Tatbestandes in § 463 Satz 1 auf einen besonderen Fall: „Fehlt der verkauften Sache *zur Zeit des Kaufes* eine zugesicherte Eigenschaft, so kann der Käufer statt der Wandlung oder Minderung *Schadenersatz* wegen Nichterfüllung verlangen.“ Per arg. e contr. ergibt sich: also haftet der Verkäufer, der eine Eigenschaft zusichert, welche auch vorhanden ist, *nach* Kaufabschluß aber wegfällt, nicht mit der strengen Haftung des § 463 Satz 1, sondern im Wege des § 459 Abs. 2 nur nach § 462: der Käufer kann nur noch Wandlung oder Minderung verlangen.[1]) Das aber bedeutet einen ganz erheblichen Unterschied. Wenn nun eine grundsätzliche Verpflichtung zur Leistung mit der zugesicherten Eigenschaft bei der gesetzlichen Regelung angenommen würde, so wäre es schlechterdings nicht zu verstehen, warum das Gesetz für den Fall, daß die zur Zeit des Kaufabschlusses vorhandene zugesicherte Eigenschaft später wegfällt, die milde Haftung des § 462, für jenen Fall des § 463 aber: in dem der Verkäufer bona fide das Vorhandensein der Eigenschaft zugesichert hat, während sie tatsächlich vielleicht zufällig fehlte, ohne Rücksicht auf Möglichkeit, Zweckmäßigkeit oder Üblichkeit etwaiger Orientierung, den besonders empfindlichen „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ eintreten läßt, wo doch in beiden Fällen angeblich die Erfüllungspflicht hinsichtlich der Eigenschaft besteht, in beiden Fällen also der Verkäufer das Fehlende grundsätzlich beschaffen müßte! Und da der Fall der arglistigen Verschweigung besonders geregelt ist, so könnte als einziger Grund Fahrlässigkeit des Verkäufers bei der Zusicherung angenommen werden; aber — ganz abgesehen von der juristischen Schwierigkeit der doch tatsächlich vorliegenden culpa in contrahendo — Fahrlässigkeit bei Zusicherung z. B. des Kaufabschlusses, wäre bei der sonst gleichen Rechtslage kein Grund zu so wesentlich verschiedenen Rechtsfolgen; ebenso oft wie leichteste Fahrlässigkeit tritt doch hier der Fall des casus (§ 278 BGB.)

[1]) Mit anderen Worten: fällt die zugesicherte Eigenschaft nach Kaufabschluß fort, so hat die Zusicherung und Garantie der gesetzlichen Regelung keine andere Wirkung, als daß auf diese der Verkäufer auch für Mängel haftet, die er event. nach § 459 Abs. 1 nicht zu vertreten hätte, aber wie bei diesen nur auf Wandlung oder Minderung.

auf. Damit scheidet also das Argument des § 463 aus; eine Erklärung für die Verschiedenheit der Rechtsfolgen wäre vom Standpunkte der Pflichttheorie aus nicht möglich.

Vielmehr hat man positiv zu sagen: Sollte die Pflicht begründet werden, die Sache mit der zugesicherten Eigenschaft zu liefern, so wäre im § 463 die Zurückbeziehung auf die Zeit des Kaufabschlusses völlig überflüssig, weil in der Luft schwebend. Nicht allein das, es fehlte auch sprachtechnisch ein Wörtchen, das notwendig die Beziehung zwischen den beiden kritischen Zeitpunkten herstellte, indem es heißen müßte: „Fehlt der verkauften Sache schon zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft . . ."

Durchaus verständlich dagegen werden Rückbeziehung, Ausdrucksweise und insbesondere die Verschiedenheit der Rechtsfolgen unter Zugrundelegung der Ersatztheorie: die Zusicherung bezieht sich eben lediglich auf die Zeit der Kaufsverhandlungen. Dem Zusichernden ist die Zukunft verschlossen; da aber die event. Pflicht, die Eigenschaft herzustellen, manchem Verkäufer eine schwer zu tragende Last, oft auch eine Unmöglichkeit darstellen würde, so sichert er nur einen gegenwärtigen Zustand zu.

Das ist der Fall des § 463, im Verkehr der Normalfall und daher eben gesetzlich besonders geregelt; für den Inhalt der Garantie aber bietet der gesetzlich in § 463 festgelegte „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" den Maßstab, mit ihm will und soll der Verkäufer haften, wenn die zugesicherte Eigenschaft zur Zeit des Gefahrüberganges nicht vorhanden ist.[1]) Eine gesetzliche Pflicht, mit der zugesicherten Eigenschaft zu liefern, besteht nicht.

Von hier aus ist noch einmal die Ablehnung der angebotenen Sache seitens des Käufers zu betrachten: Da eine Erfüllung nicht in Frage steht, kann die Ablehnung wegen Nichterfüllung hinsichtlich der zugesicherten Eigenschaften gar nicht erfolgen (richtig also Titze

---

[1]) So auch Mot. II S. 229: „Die Garantie ist nicht in dem ausgedehnten Sinne verstanden, daß die Eigenschaft auch noch zur Zeit, wo die Gefahr auf den Erwerber übergeht, vorhanden sein müsse." Hellbach a. a. O. S. 6; Schöller bei Gruch. 45 S. 532 Nr. 26, 46 S. 14; besonders Schollmeyer, J. f. D. 49 S. 98; offenbar auch Eckert a. a. O. S. 71 (aber siehe gegen ihn unten den Text).

a. a. O. vgl. oben). Nichtsdestoweniger ist die Ablehnung durchaus möglich, und zwar

1. als Ausdruck des Wandlungsbegehrens (vgl. oben Teil I) oder
2. als Ausfluß eines bestimmten *Inhaltes* der Garantie (vgl. unten den Text).

4. Ist damit der Inhalt des § 463 Satz 1 klargelegt, so ist das von der juristischen Konstruktion seines Inhaltes noch keineswegs zu sagen. Vielmehr steht man hier vor einem Problem.

Das Gesetz gibt in § 463 Satz 1 für den Fall, daß eine zugesicherte Eigenschaft zur Zeit des Kaufes fehlt, als Rechtsfolge Schadensersatz wegen Nichterfüllung; wie ist dieser gerechtfertigt?

Der Verkäufer sichert beim Kaufe eine bestimmte Eigenschaft an einer bestimmten Sache als vorhanden zu; die Zusicherung wird wesentlicher Vertragsbestandteil; die Sache selbst wird für *diesen* Zeitpunkt bestimmt qualifiziert. Verkäufer ist also aus dem Kaufe verpflichtet, diese bestimmte Sache, welche zur Zeit des Kaufes die zugesicherte Eigenschaft gehabt *hat*, zu liefern. Fehlt die Eigenschaft aber zur Zeit des Kaufes, so konnte er diese so qualifizierte Sache, nämlich eine Sache, welche *jetzt* diese Eigenschaft hat, zur Zeit des Kaufes nicht liefern; d. h.: es liegt eine ursprüngliche objektive Unmöglichkeit der Erfüllung vor.[1])

Damit griffen an sich §§ 306 f. („Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig") ein. An sich ist ja allerdings nur eine teilweise Unmöglichkeit, folglich eine teilweise Nichtigkeit vorhanden, doch ist[2]) gemäß § 139 BGB. der ganze Vertrag nichtig, da gerade zu vermuten ist, daß der Vertrag hinsichtlich des möglichen Teiles allein nicht abgeschlossen worden wäre; die Zusicherung als solche verbürgt das. Da der Vertrag nichtig wäre, könnte ein Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht mehr in Frage stehen, vielmehr lediglich gemäß

[1]) Zu beachten ist hier, daß ursprüngliche Unmöglichkeit der Vertragserfüllung im Sinne des Textes nichts mit *der* Möglichkeit zu tun hat, die Sache etwa auf den zugesicherten Zustand zu bringen. — Durchaus unrichtig daher alle, welche mit derartiger Unmöglichkeit operieren. Vgl. unten S. 44, insbesondere unrichtig *Schollmeyer*, J. f. D. 49 S. 98. Aus der besprochenen Zusicherung folgt eben *nicht* die Pflicht, die Sache mit der zugesicherten Eigenschaft, sondern die Pflicht, die Sache, welche die Eigenschaft zur Zeit *des Kaufes hatte*, zu liefern — ein wesentlicher Unterschied.

[2]) vgl. *Planck* a. a. O. (1900) ad § 306 Nr. 1.

§ 307 BGB. das sogen. negative Vertragsinteresse, d. i. „Ersatz des Schadens, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut," und dieses nur im Falle einer culpa in contrahendo: wenn der Verkäufer „bei der Schließung des Vertrages . . . die Unmöglichkeit der Leistung kannte oder kennen mußte!" Ohne Rücksicht auf all' das bestimmt § 463 Satz 1 positiv, daß der Käufer Anspruch auf „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" hat.

Die allerwenigsten haben die Schwierigkeit gesehen, noch weniger eine Klärung versucht, keiner annehmbar oder ausreichend. Man hat gesagt[1]: wenn die Eigenschaft schon in dem Augenblicke fehle, in dem der Verkäufer sie zusichere, so treffe ihn ein Verschulden — „entweder wußte er überhaupt, daß dieselbe nicht vorhanden war, oder er hätte es wissen müssen"; — darauf beruhe der Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Ganz abgesehen davon, daß durchaus nicht immer Verschulden, in der Regel vielmehr Zufall vorliegt, ist diese Begründung völlig unhaltbar: vom Standpunkte der Pflichttheorie aus liegt eine Unmöglichkeit an sich nicht vor;[2] maßgebend wäre der Zeitpunkt des Gefahrüberganges; hier bliebe, wie schon eingehend erörtert, die Rückbeziehuug auf die Zeit des Kaufes in § 463 Satz 1 unerklärbar. Das scheidet aus. Vom Standpunkte der Ersatztheorie, die ja allein der gesetzlichen Regelung entspricht, wäre aber völlig übersehen, daß es sich dann bei der ursprünglichen objektiven Unmöglichkeit um eine culpa in contrahendo handelt, deren Rechtsfolge das sogen. negative Vertragsinteresse wäre — die Frage bleibt also von diesem Standpunkte aus offen.

Einige Schriftsteller haben die Unmöglichkeit berücksichtigt,[3] sich

---

[1] Averdunk a. a. O. S. 61.

[2] Eine rechtlich relevante Unmöglichkeit träte nach dieser Theorie erst ein, wenn die Eigenschaft selbst bis zum kritischen Zeitpunkt nicht herstellbar ist; vgl. Titze a. a. O. S. 1 ff. insbesondere S. 9: „Eine Leistung ist im Rechtssinne dann unmöglich, wenn ihrer Bewirkung entweder unüberwindliche Hindernisse entgegenstehen oder doch wenigstens Hindernisse, deren Überwindung billigerweise dem Schuldner nicht zugemutet werden kann." Der Grund kann rechtlicher oder rein tatsächlicher Natur sein.

[3] Z. B. Stahl a. a. O. S. 1; Müller im Recht 1902 S. 577; Kleineidam a. a. O. S. 157; Neumann, Komm. S. 219 ad §§ 459 ff.; Rehbein, Komm. S. 153; Titze a. a. O. S. 276 § 13; Schöller bei Gruchot 46 S. 18; Schollmeyer, J. f. D. 49 S. 98; Staudinger a. a. O. (1905) S. 68 ad §§ 459 ff.

aber einfach mit der Feststellung begnügt, daß das Bürgerliche Gesetzbuch ihre Folgen positiv nicht eintreten lasse.

Eckert[1]) endlich kommt zu einem beachtlicheren Resultat, allerdings unter völliger Übergehung der Unmöglichkeit. Er gehört zu den Vertretern der Ersatztheorie. Davon ausgehend sieht auch er in den meisten Fällen ein Verschulden des Verkäufers vorliegen. Aber es gäbe doch Fälle, in denen der Verkäufer in entschuldbarem Irrtume handele, wenn er Eigenschaften der Kaufsache zusichere, die nicht vorhanden seien. Man könne mit Recht sagen, daß die Schadensersatzpflicht nicht unbedingt auf einem Verschulden des Verkäufers beruhe. Das Gesetz ginge davon aus: durch die Zusicherung übernehme der Verkäufer die Verantwortung für alle Folgen im Falle ihres Fehlens.

Wenngleich also auf durchaus unrichtigem Wege, kommt er auf die richtige Schlußfolgerung,[2]) kann aber damit keine Klärung bringen.

Die Regelung des § 463 Satz 1 wird vielmehr folgendermaßen zu erklären sein:

Die Unmöglichkeit der Leistung im Tatbestande des § 463 Satz 1 macht den Vertrag nicht nichtig.[3]) Das Garantieversprechen, d. i. das Versprechen erhöhter Haftung in bestimmter Weise für das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaft, ist positiven Inhaltes und wird durch das Fehlen der Eigenschaft wirksam.[4]) Bei diesem Fehlen der Eigenschaft kann es sich also nicht nur nicht um irgend eine „Nichterfüllung", sondern allein um Erfüllung des positiven Garantieversprechens handeln.

Wenn nun das Wesen der Zusicherung in dem Garantieversprechen liegt, wenn weiter § 463 Satz 1 für einen bestimmten Fall der Zusicherung eine bestimmte Rechtsfolge: „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" festsetzt, so folgt:

Für den Fall der Zusicherung des § 463 grenzt der „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" den Inhalt des bezüglichen Garantieversprechens ab; er ist Maßstab für die versprochene Garantie.

---

[1]) a. a. O. S. 71.

[2]) vgl. oben Text S. 34 ff.

[3]) Ein Beweis dafür ist mit Schöller b. Gruchot 46 S. 18 darin zu sehen, daß das Gesetz dem Käufer den Wandlungsanspruch beläßt.

[4]) Hierin gerade zeigt sich, daß das Wesen der Zusicherung in ihrer interpretativ konstruierten Folge: der Garantie liegt.

Damit wird erklärlich, warum das Gesetz eine Ausnahme[1]) von dem Grundsatze, nach dem infolge von ursprünglicher Unmöglichkeit Nichtigkeit des Vertrages eintreten müßte, festsetzt. Darnach endlich ist für die Qualifizierung des „Schadensersatzes wegen Nichterfüllung" in § 463 Satz 1 zu sagen[2]):

Die Unmöglichkeit, der primären Leistungspflicht aus dem Vertrage gerecht zu werden, ist so anzusehen, als wäre sie erst nachträglich (d. h. nach Kaufabschluß) eingetreten, und zwar — da ein Schadensersatzanspruch gegeben ist, dieser aber nur auf Grund eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes (§§ 325, 280) eintritt — vertretbarerweise. Zu beachten ist dabei nur: tatsächlich ist es keine nachträgliche Unmöglichkeit,[3]) und wenn der Verkäufer die vorhandene Unmöglichkeit vertreten muß, so liegt der Grund nicht in einer Schuld oder einem dem gleichzustellenden Umstande (i. S. der §§ 325, 280, 276), sondern in der Übernahme der Garantie. Aus der Qualifizierung der Leistung des Verkäufers als „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" ist also ein Rückschluß auf die Vertragspflichten des Verkäufers nicht angängig.

5. Das Ergebnis der Untersuchung über die gesetzliche Regelung ist demnach folgende: Eine Pflicht, mit der zugesicherten Eigenschaft zu liefern, sie nötigenfalls bis zum Gefahrübergange zu beschaffen, ist von Gesetzes wegen (im Zusammenhange der §§ 459, 463 Satz 1) nicht begründet, folgeweise auch nicht ein Nachbesserungsanspruch als Erfüllungsanspruch.

§ 463 Satz 1 BGB. bezieht sich lediglich auf eine Zusicherung mit der Garantie des Inhaltes, daß der Verkäufer in verschärfter Form, und zwar nach Maßgabe des „Schadensersatzes wegen Nichterfüllung" des § 463 Satz 1 Schadensersatz leisten will.[4])

---

[1]) Daß eine Ausnahme vorliegt, ist unzweifelhaft; denn an sich können die Parteien den nichtigen Vertrag nicht zum gültigen machen; erst das Gesetz entreißt ihn der Nichtigkeit durch Statuierung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung und charakterisiert so den letzteren als Maßstab für die Garantie. So auch Kleineidam a. a. O. S. 157.

[2]) Praktisch wichtig für die Klarlegung seines Inhaltes.

[3]) In derselben Weise läßt das Gesetz verschiedentlich die Qualifikation einer Unmöglichkeit eintreten, wo solche an sich gar nicht vorliegt, z. B. in § 326 Abs. 1 Satz 3.

[4]) Über das Nachbesserungsrecht des Verkäufers vgl. unten Anhang.

c) Wenn das Gesetz in der speziellen Regelung der Haftung bei Sachmängeln nur den Tatbestand der Zusicherung mit der Ersatzgarantie berücksichtigt, so geht es von dem Gedanken aus, daß solche Zusicherung im Verkehre die gewöhnliche ist, daß Garantieversprechen ohne besondere Abrede über Art oder Inhalt der Garantie daher als das gesetzliche mit den gesetzlichen Folgen anzusehen ist.

Besondere Abrede ist demnach erforderlich, um eine andere als die gesetzliche Rechtslage zu schaffen; sie kann — ausdrücklich oder stillschweigend — die Art sowohl wie den Inhalt der Garantie betreffen.[1])

Für den Nachbesserungsanspruch als Erfüllungsanspruch erheblich ist die besondere Abrede betreffend die Art der Garantie. Geht die Abänderung auf Begründung einer Herstellungspflicht, so wird damit die Ersatzgarantie zur (Herstellungs-) Lieferungsgarantie.

Inwieweit nun eine Herstellungspflicht begründet wird, ist Tatfrage. So kann ein Garantievertrag eine bloße Verlängerung der Verjährungsfristen darstellen,[2]) insoweit also die gesetzliche Haftung nur unwesentlich abändern, sie grundsätzlich mit bloßer Ersatzgarantie bestehen lassen. Abrede einer Garantiefrist kann aber auch — und das ist die Regel! — abgesehen von der besonderen Umgrenzung der Verjährungsfristen, die Herstellungspflicht als Vertragserfüllungspflicht enthalten. In diesem Sinne ist die Garantie aufzufassen beim Verkauf von Maschinen, Uhren, Fahrrädern usw., wenn innerhalb der Garantiefrist (einer Ausschlußfrist) Mängel sich herausstellen, die auf die Herstellungsart des Gegenstandes zurückzuführen sind.[3])

Von großer Bedeutung ist das Bestehen einer Verkehrssitte in Verbindung mit Treu und Glauben, wonach eine Herstellungspflicht begründet wird; sie wird auch hier (wie bei den gewöhnlichen Mängeln

---

[1]) Vertragsmäßige Regelung der Haftung kann zunächst enthalten — Staudinger a. a. O. (1905) S. 69 ad §§ 459 ff. —: a) eine Wiederholung der gesetzlichen Regelung oder Abänderung derselben in einigen unwesentlichen Punkten; b) Begründung einer selbständigen Verpflichtung, bestimmte Eigenschaften zu gewährleisten oder herzustellen; c) Vorbehalt des Rücktritts i. S. des § 346. — Im Zusammenhange des Textes sind erheblich nur die Abreden betr. die unwesentliche Abänderung der gesetzlichen Haftung und die Begründung der selbständigen Verpflichtung zur Gewährleistung bezügl. Herstellung.

[2]) Dernburg, Bürgerl. R. II, 2 S. 55 1901.

[3]) So Staudinger a. a. O. (1905) S. 77; Rechtspr. d. OLG. (Karlsruhe) 2 S. 477; Meyer, im Recht 1903 S. 76; Rechtspr. d. OLG. 9 S. 1.

des § 459 Abs. 1) stillschweigend Vertragsgegenstand, ohne daß der Verkäufer die Existenz der Verkehrssitte wirklich zu kennen braucht, sofern nur der Käufer sie kennt und den Umständen nach erwarten muß, daß auch der Verkäufer sie kennt (vgl. oben S. 22 f.).

Unrichtig ist es, wenn einige Schriftsteller[1]) dem Verkäufer in bestimmten Fällen die Herstellungspflicht „nach Treu und Glauben" aufbürden. Auch hier (wie oben Teil I) sind „Treu und Glauben" an sich nicht imstande, die klare Regelung der §§ 459 ff., 463, also das objektive Recht für den konkreten Fall zu stürzen.

Wird auf vertraglichem Wege durch die Zusicherung eine Pflicht für den Verkäufer begründet, die Kaufsache mit der zugesicherten Eigenschaft zu liefern, diese nötigenfalls herzustellen, so entsteht dem Käufer

1. das Recht, die Sache mangels ordnungsmäßiger Erfüllung a limine zurückzuweisen; sodann vor allem:

2. der Nachbesserungsanspruch als Erfüllungsanspruch.

Als eine weitere Wirkung der Zusicherung wird es anzusehen sein, daß alle weiteren Rechte hinsichtlich dieser Leistungspflicht (vgl. oben Text Teil I) ihm in erleichterter Art zustehen:

1. Anspruch auf Erfüllung (Nachbesserung) und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung gemäß § 286 Abs. 1 ohne besondere Mahnung, indem die Zeit des Gefahrüberganges maßgebend ist;

2. Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 286 Abs. 2, indem Mangel des Interesses an der Leistung infolge des Verzuges, wie bei der durch gewöhnlichen Vertrag übernommenen Herstellungspflicht, nicht erfordert wird. In derselben Weise kraft der Rechtssätze vom gegenseitigen Vertrage.

3. die Rechte gemäß § 326:

a) Anspruch auf Erfüllung unter Fristsetzung,

b) mangels rechtzeitiger Erfüllung unter Ablehnung der Sache, welche die zugesicherte Eigenschaft nicht besitzt:

Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit oder Rücktritt vom Kaufe;

c) die Rechte ad b auch ohne Fristsetzung.[2])

---

[1]) So z. B. Eck a. a. O. S. 448 Anm. 1; Cretschmar a. a. O. ad § 462.

[2]) Auf eine Differenzierung in der Art der Haftung sei hier noch aufmerksam gemacht, die Stamm a. a. O. S. 48 bringt: Sichere der Verkäufer eine Eigen-

III. Von Gesetzes wegen, gemäß § 463 BGB. bezieht sich die Zusicherung nur auf die Zeit des Kaufes; die (Ersatz-) Garantie tritt daher nur ein, wenn die zugesicherte Eigenschaft bereits zur Zeit des Kaufes fehlt. Gemäß §§ 459 Abs. 2, 462 BGB. haftet also der Verkäufer nur auf Wandlung oder Minderung, wenn die zugesicherte Eigenschaft zwar beim Kauf vorhanden war, nachher aber fortfiel.

Der Verkäufer hat ferner von Gesetzes wegen an sich festgestelltermaßen weder die Pflicht, einen Mangel des Abs. 1 § 459 durch Nachbesserung (als Erfüllungsleistung!) noch einen solchen des Abs. 2 zit. Paragraphen durch Herstellung der Eigenschaft abzustellen. In dieser Beziehung ist also die Rechtslage bei Vorhandensein von Mängeln des Abs. 1 wie des Abs. 2 zit. Paragraphen dieselbe. In beiden Fällen wäre das Entstehen von Mängeln unter demselben Gesichtspunkte zu betrachten.

Zu erörtern ist nun die Rechtslage, welche eintritt, wenn ein Mangel nach Kaufabschluß — vor Gefahrübergang entsteht: Hat bei diesem Tatbestande der Käufer den Nachbesserungsanspruch als Erfüllungsanspruch?[1])

Die Antwort ergibt sich aus der Erörterung der beiden Fragen:

1. Wie könnte die entsprechende Verpflichtung des Verkäufers begründet sein?

2. Läßt die besondere Sachmängelregelung eine Konkurrenz allgemeiner Vorschriften zu?

---

schaft für die Zeit des Gefahrüberganges zu, und Käufer wie Verkäufer wissen von dem Fehlen zur Zeit des Vertragsschlusses, so liege ein neuer, nach §§ 280 ff. zu beurteilender Vertrag auf Herstellung der Eigenschaft vor, und der Verkäufer hafte nur für Verschulden. Sichere Verkäufer aber eine Eigenschaft zu, die er erst herstellen wolle, und Käufer wisse von dem Mangel nichts, so wäre das event. nur nach §§ 459 ff. zu beurteilen, und Verkäufer stehe auch für Zufall ein. Da Stamm, vgl. oben Text, auf dem Standpunkte der Pflichttheorie für § 463 steht, so ist seine Differenzierung so nicht haltbar. Vom Standpunkte der im Texte vertretenen Ersatztheorie aber wäre sie durchaus begründet, da nachgewiesenermaßen der „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" des § 463 Satz 1 von einem Verschulden des Verkäufers völlig unabhängig ist.

[1]) Voraussetzung bei dieser ganzen Erörterung ist der vom Gesetze zugrunde gelegte Tatbestand, bei dem grundsätzlich eine Pflicht zu mangelfreier Lieferung nicht besteht; der vertragliche Tatbestand, in dem solche Pflicht von vornherein begründet ist, bedarf solcher Erörterung naturgemäß nicht mehr, da er ja der besonderen gesetzlichen Regelung an sich gar nicht untersteht.

a) Fast die gesamte juristische Literatur knüpft an den Tatbestand nachträglichen (nach Kauf), vom Verkäufer verschuldeten Entstehens von Mängeln für den Käufer Ansprüche aus allgemeinen Vorschriften.

Bei diesem Tatbestande kommen die meisten dieser Schriftsteller, auf einen Schadenersatzanspruch für den Käufer hinaus, den sie begründen auf

a) Unmöglichkeit,[1]) oder

b) Verzug,[2]) oder endlich

c) auf den „im Gesetze nicht ausgesprochenen, aber gleichwohl ihm innewohnenden[3]) allgemeinen Rechtsgrundsatz, dahingehend, daß die Rechtsfolge der schuldhaften Verletzung einer bestehenden Verbindlichkeit in der Verpflichtung zum Schadensersatz besteht, sofern diese Rechtsfolge durch Gesetz nicht beseitigt ist".[4])

Der Grund, warum diese Schriftsteller zu dem Schadensersatzanspruche gekommen sind, ist darin zu finden, daß sie das nachträglich schuldhafte Entstehen von Mängeln unter dem Gesichtspunkte der von Staub sogen. „positiven Vertragsverletzungen" gewürdigt, infolgedessen diesen Tatbestand zu dem irgendwie beschädigten Vermögen des Käufers in Beziehung gebracht haben. Daher geht der Schadensersatz im Wesen auf Gelderſatz; er mag zwar an sich in einzelnen Fällen zu einer Nachbesserung der Sache führen, darauf aber wollten diese Schriftsteller gar nicht hinaus.

Dieser Standpunkt aber ist einseitig.

---

[1]) a) Goldmann-Lilienthal a. a. O. I S. 131 Nr. 60, S. 333 („zeitweise Unmöglichkeit"); Hellbach a. a. O. S. 7; Planck a. a. O. (1904) ad § 462 S. 370; Dertmann a. a. O. ad § 459 Nr. 6. b) Schöller bei Gruch. 46 S. 20, 26 ff. („Zuwiderhandlung der auf Unterlassung gerichteten Leistung"); gegen diese Auslegung des Begriffes der Unmöglichkeit Müller a. a. O. S. 542 f.; Staub, PV. S. 37. c) Schollmeyer, E. Sch. (1904) S. 26 Anm. 1; J. f. D. 49 S. 115 (bei unbehebbaren Mängeln — richtig —; Unmöglichkeit i. S. des § 325).

[2]) So Dernburg, DJZ. 1903 S. 4; Bürgerl. R. II, 2 S. 69 (1906), vgl. unten den Text S. 53; ebenso Kipp, DJZ. 1903 S. 256.

[3]) Und zwar erschlossen aus § 276 BGB. unmittelbar, so: Crome, System II S. 65; Staudinger a. a. O. (1905) S. 67 ad §§ 459 ff.; Endemann a. a. O. I S. 987, 989, 963; Kipp, DJZ. 1903 S. 254; Müller a. a. O. S. 542; RG. 52 S. 118; 53 S. 202; Dernburg, Bürgerl. R. II, 2 S. 70 § 185 (1905); Düringer-Hachenburg a. a. O. III S. 71; Leonhard-Eck a. a. O. S. 452 Anm. 1; Cosack a. a. O. S. 428; Hellbach a. a. O. S. 7 oder: richtig aus Analogie zu § 286, so Staub, PV. S. 15.

[4]) Staub, PV. S. 6.

Das große Gebiet der „positiven Vertragsverletzungen" umfaßt[1]) alle Fälle, in denen jemand eine Verbindlichkeit durch positives Tun verletzt, in denen jemand

1. tut, was er unterlassen soll,
2. die Leistung, die er zu bewirken hat, zwar bewirkt, aber fehlerhaft.

b) Sämtliche Schriftsteller, die für eine Konkurrenz der Ansprüche aus den §§ 325, 326, oder aus jenem allgemeinen nicht ausgesprochenen Grundsatze mit denen aus der besonderen Sachmängelhaftung beim Spezieskaufe eintreten, gehen bewußt oder unbewußt von der Verletzung einer Verpflichtung aus. Die allerwenigsten sind dabei von dem richtigen Grundsatz ausgegangen, und manche sind sich keineswegs klar geworden, welche Verpflichtung denn schuldhaft verletzt sei, so daß jene Rechtsfolgen deshalb eintreten könnten. So hebt Staub[2]) ausdrücklich hervor: der allgemeine Grundsatz — er betrachtet die „positive Vertragsverletzung"! — gelte nicht, wenn der Verkäufer eine mit Fehlern behaftete Spezies verkaufe, ohne den Mangel dolos zu verschweigen, und ohne Zusicherung der Mangelfreiheit; denn in diesen Fällen seien dem Käufer die ädilizischen Rechtsmittel gegeben, und nur diese. Er gelte aber in allen Fällen, wo die verkaufte Spezies nachträglich durch die Schuld des Verkäufers mangelhaft werde. Hier entstehe dem Käufer ein Schade durch die „mangelhafte Erfüllung". Wenn man zum Überflusse noch hervorhebt, daß er seinen allgemeinen Grundsatz nur da anwendet, wo eine Verbindlichkeit verletzt ist, so folgt: er setzt eine Verpflichtung, und zwar eine solche, die mit dem Kaufabschluß entsteht, voraus. Welche, wird nicht angegeben.[3])

Demgegenüber ist zu sagen: Der Käufer einer Spezies hat von Gesetzes wegen einen Anspruch auf Nachbesserung nicht, wenn die

---

[1]) So Staub, Pos. Vert. S. 1; Kipp, DJZ. 1903 S. 253 findet den Begriff zwiespältig und mißbilligt ihn, zeigt aber damit, daß auch er den Grundgedanken der „positiven Vertragsverletzung" noch nicht richtig gewürdigt hat.

[2]) Pos. Vertr. S. 16 f.

[3]) Ebenso Kipp, DJZ. 1903 S. 255; bei Windscheid (1906) S. 700 § 305, 2 c S. 701, 2 dγ mit dem einzigen Unterschiede, daß er — unrichtig — die Ansprüche der §§ 325, 326 konkurrieren läßt. Er kommt zu der unrichtigen Anwendung der §§ 325, 326 dadurch, daß er die positive Vertragsverletzung im Auge hat und ihre Rechtsfolgen mit denen der Leistungsverletzung i. S. der §§ 325, 326 identifiziert; vgl. oben Anm. 1 — ebenso wie er, Müller a. a. O. S. 542 f.; RG. 52 S. 5.

Sache einen Mangel i. S. des § 459 Abs. 1 aufweist. Er hat den Anspruch natürlich auch nicht, wenn ein Mangel i. S. des Abs. 1 und 2 nach Kaufabschluß zufällig entstanden ist — diese Fälle gerade werden von der Haftung auf Wandlung oder Minderung gedeckt. Das berechtigte Interesse des Käufers ist es aber, die Spezies, wenn sie durch Verschulden des Verkäufers nach Kaufabschluß, vor Gefahrübergang mangelhaft wird, wieder in den Stand versetzt zu wissen, in dem sie vor der verschuldeten Verschlechterung sich befand.

Das Prinzip ist demnach, daß der Verkäufer die verkaufte, noch nicht übergebene Sache mit der gehörigen Sorgfalt behandelt: Die Obhutspflicht des Verkäufers.

Das ist der Gesichtspunkt, von dem aus die Rechtslage zu erörtern ist.

Dieses Prinzip haben auch einige Schriftsteller zum Ausgangspunkte genommen, sind aber dabei auf einen Abweg und zugleich unhaltbaren Schluß gekommen: die Beobachtung der gehörigen Sorgfalt gehöre zur Verpflichtung der Übergabe (!); nachträgliches Verschulden führe also Unmöglichkeit gemäß § 325 herbei.[1]) Sehr richtig sagt dagegen Hellbach,[2]) daß dem Verkäufer die Übergabe nur durch Untergang der Sache resp. Gleichstehendes, z. B. Verkauf an einen Dritten, der sie nicht zurückgeben will, unmöglich werde; infolgedessen brauche der Verkäufer die Sache nur vor ihrem Untergange zu bewahren. Soll die Übergabe bei einem bestimmten Zustande erfolgen, dann kann nicht die Übergabepflicht, sondern nur diese andere Pflicht schuldhaft verletzt werden, nach der die Übergabe bei einer bestimmten Beschaffenheit erfolgen soll.

Danach ergibt sich folgender Rechtssatz: der Verkäufer ist zur vollen Erfüllung des Kaufvertrages nach Treu und Glauben, § 242, also gesetzlich verpflichtet, die Sache dem Käufer in dem Zustande zu leisten, in dem sie sich zur Zeit des Kaufabschlusses befand; er hat die Sache in seine Obhut zu nehmen (Obhutspflicht), sofern die Obhut nicht durch Vertragsabrede ausgeschlossen wird.[3]) Er haftet da-

---

[1]) So Planck a. a. O. (1900) ad § 433 Nr. 6a; Oertmann a. a. O. ad § 459 Nr. 6.

[2]) a. a. O. S. 7.

[3]) Diesen Rechtssatz stellen ebenso auf: ALR. I, 1 § 194; für das BGB. Hellbach a. a. O. S. 7; Schollmeyer, J. f. D. 49 S. 114; Staudinger

her für sein und seiner Hilfspersonen Verschulden i. S. der §§ 276, 278 BGB.

Aus der Obhutspflicht folgt, daß der Verkäufer die Sache nicht allein vor erheblichen, sondern auch vor unerheblichen Mängeln i. S. des § 459 Abs. 1 zu bewahren hat.[1])

Hinsichtlich der Begründung der Obhutspflicht aus § 242 macht Dernburg[2]) die bemerkenswerte Einschränkung, daß i. S. des Kaufvertrages nach § 242 dem Verkäufer die Obhut obliegen „kann"; danach scheint es, als käme er auf eine dahingehende, besondere, ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Kontrahenten, vielleicht als Folge einer Verkehrssitte hinaus. Besondere Vertragsabrede derart i. S. eines Verwahrungsvertrages ist durchaus möglich.[3]) Dieser Fall aber ist, weil er klar liegt, nicht zu erörtern. Vielmehr wird die Obhutspflicht auch von Gesetzes wegen (also auch ohne besondere Verkehrssitte) durch § 242 begründet. Richtig ist, daß grundsätzlich die Verpflichtung, weil aus „Treu und Glauben" erwachsend, nur im konkreten Falle festzustellen ist. Der Grund ist jedoch ein so allgemein gültiger, daß man unbedenklich die gefundene Verpflichtung als einen allgemein gültigen Rechtssatz aufstellen und seine Anwendbarkeit nur dann als ausgeschlossen ansehen kann, wenn er durch besondere, ausdrückliche oder stillschweigende Abrede ausgeschlossen wird.

Eine abwegige Ansicht vertritt Dernburg[4]): er geht aus von der Obhutspflicht; direkte Rechtsfolgen aber gibt er ihr nicht, da er die Sachmängelhaftung in §§ 459 ff. vollständig und exklusiv geregelt sieht (vgl. unten Text). Nichtsdestoweniger hat er einen Ausweg: solange der Verkäufer die Sache noch nicht übergeben habe, dürfe der Käufer im Falle von Mängeln derselben ihre Entgegennahme verweigern, weil solches Angebot kein dem Vertrage entsprechendes sei; dann komme der Verkäufer durch das zurückgewiesene Angebot der mangelhaften

---

a. a. O. (1905) ad § 433 S. 13; Düringer-Hachenburg a. a. O. III S. 17 ff.; Mot. II S. 318; JurW. 1901 S. 169; Crome, System II § 217, 2 S. 430; Emerich a. a. O. S. 37; Dernburg, Bürgerl. R. II, 22 § 178 S. 37 (1901); im Prinzip richtig auch Planck a. a. O. (1900) ad § 433 Nr. 6a; Oertmann a. a. O. ad § 459 Nr. 6.

[1]) So daß hier also die Rechtsfolgen die gleichen sind.

[2]) 1906 Bürgerl. R. II, 2 § 178, II S. 41.

[3]) So auch Staudinger a. a. O. (1905) ad § 433, 13.

[4]) Bürgerl. R. II, 2 § 185 (1901); DJZ. 1903 S. 4.

Ware mit seiner ganzen Leistung in Verzug — sofern nur dessen übrige Voraussetzungen vorlägen.[1]) Dem Vertrage entsprechend wäre ja nach seiner Meinung (vgl. oben Text) völlige Mängelfreiheit. Abgesehen von der Unrichtigkeit des Grundes, daß mangelfrei zu liefern sei, und der daraus folgenden Unhaltbarkeit jener Ansicht, widerspricht sich Dernburg selbst: direkt sieht er einen Anspruch auf Leistung der Mängelfreiheit nicht gegeben; läßt er aber bei mangelhaftem Leistungsangebot Verzug mit der ganzen Leistung eintreten, so hätte ja der Käufer einen Anspruch auf Leistung der Sache in vertragsmäßigem, also mangelfreiem Zustande.[2])

Es fragt sich in erster Linie: Hat der Käufer einen Anspruch auf Wiederherstellung der nachträglich schuldhaft mangelhaft gewordenen Sache. Die Antwort lautet: Wird die Obhutspflicht vom Verkäufer durch nachträgliches schuldhaftes Verursachen von Mängeln verletzt, so entsteht die gesetzliche Verpflichtung des Verkäufers, die entstandenen Mängel zu beseitigen, d. i. Fehler zu beseitigen, verlorene Eigenschaften wiederherzustellen. Das ist das Wesen der Sache.

Demgemäß hat der Käufer bei Verletzung der Obhutspflicht einen Anspruch auf Nachbesserung als Erfüllungsanspruch.

Die weitgehenden Ansprüche im Falle des Verzuges entsprechen denen aus der vertraglich übernommenen Pflicht, bestimmte Mängel zu beseitigen. (Vgl. oben Text Teil 1.)[3])

Anzufügen wäre hier noch: Ist die Beseitigung des Mangels im konkreten Falle möglich, so kommt in dieser Beziehung wegen der teilweisen Unmöglichkeit der Leistung § 325 BGB. zur Anwendung, so daß dann dem Käufer der Schadenersatz auf Grund des Mangels (nicht auf Grund der Pflichtverletzung) zusteht.[4]) Unrichtig ist es da-

---

[1]) Das meint auch Kipp, DJZ. 1903 S. 256.

[2]) Eine Wendung hat Dernburg neuestens im Bürgerl. R. II, 2 (1906) vorgenommen; jetzt stellt er die Grundsätze auf: 1. Eine Verpflichtung, frei von Sachmängeln zu liefern, besteht nicht, S. 59 f. 2. Ablehnung der mangelhaften Sache kann erfolgen aus Wandlungsbegehr, S. 69. — Nichtsdestoweniger steht er heute noch auf demselben Standpunkte wie früher; ausdrücklich sagt er S. 45: „Mit der Erfüllung seiner Hauptverpflichtung (also Leistung der Sache) ist der Verkäufer auch dann im Verzug, wenn er fehlerhafte Ware anbot, welche der Käufer aber nicht annimmt" und verweist auf DJZ. 1903 S. 4.

[3]) Zu demselben Resultat kommt allein Schollmeyer, J. f. D. 49 S. 114 f.

[4]) Ebenso Schollmeyer, J. f. D. 49 S. 105.

gegen, wenn Hellbach[1]) ohne irgend welche Rücksicht auf Behebbarkeit des Mangels und einen Nachbesserungsanspruch schließt: Für eine Unterscheidung zwischen Untergang und Verschlechterung der Sache fehle jeder Grund; der Verkäufer habe die Pflicht, die verkaufte Sache in dem Zustande zu übergeben, in dem sie sich zur Zeit des Kaufes befinde; durch Verschlechterung der Sache werde daher die vollständige Erfüllung unmöglich; so sei § 325 anwendbar.

Prinzipiell besteht der Anspruch auf Nachbesserung; prinzipiell besteht daher zwischen Unmöglichkeit und „Verschlechterung" ein großer Unterschied. Ob dieser im konkreten Falle fortfällt, ist an sich unerheblich.

c) Das Ergebnis der bisherigen Erörterung konnte nur gewonnen werden bei der Unterstellung, daß neben den besonderen Vorschriften der §§ 459 ff. über die Sachmängelhaftung für den Tatbestand des schuldhaft nachträglichen Entstehens von Sachmängeln auch die allgemeinen Vorschriften über die Erfüllung gegenseitiger Verträge, also der §§ 320 ff., insbesondere §§ 323 ff. Anwendung fänden, die hier begründeten Ansprüche also konkurrierten.

Die Frage nach der Konkurrenz dieser Ansprüche ist indessen eine sehr umstrittene, und ist daher zu erörtern.

Die besondere scharfumrissene Regelung der Sachmängelhaftung und die Tatsache, daß die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften nicht angeordnet wird, ferner daß gemäß § 459 Abs. 1 und 2 der kritische Zeitpunkt für die Ansprüche auf Wandlung oder Minderung der des Gefahrüberganges ist, also gerade für die fragliche Zeit: von Kaufabschluß bis zum Gefahrübergang die besondere Regelung eingreift, hat verschiedene Schriftsteller veranlaßt, irgend welche Konkurrenz anderer Vorschriften damit für ausgeschlossen anzusehen.[2])

Zwar gehen sie alle von schuldhaft verursachtem nachträglichen Entstehen der Mängel aus, jedoch negieren sie implizite mit Verneinung der Konkurrenz von Ansprüchen bei Verschulden eine Konkurrenz überhaupt und behandeln gerade den verschuldeten Wegfall, weil dieser Tatbestand vornehmlich zum Zweifel Anlaß gibt.

---

[1]) a. a. O. S. 7.

[2]) Eccius a. a. O. S. 306 f.; Ehrlich a. a. O. S. 93; Kleineidam a. a. O. S. 149; Titze a. a. O. S. 277; Mot. II S. 229, de lege lata Schröder a. a. O. S. 93—95.

Titze[1]) insbesondere führt aus: „Es ist wohl auch rechtsphilosophisch durchaus zu billigen, daß der Käufer, wenn ihm auf der einen Seite Rechte gegen den Verkäufer verliehen werden, die der Gläubiger sonst nur im Falle einer culpa des Schuldners hat, auf der anderen Seite nicht alle Ansprüche bekommt, die dem Gläubiger für gewöhnlich aus einem Verschulden des debitor erwachsen." Vor allem Dernburg[2]): Schlagender Beweis für den Ausschluß jeglicher Konkurrenz sei im § 463 zu finden: genau wie im römischen Rechte knüpfe zit. Paragraph eine Ersatzhaftung nur an den Fall 1. des Fehlens zugesicherter Eigenschaften, 2. arglistigen Verschweigens eines Fehlers. „Solche Bestimmungen wären nicht möglich gewesen, wenn das Gesetz davon ausgegangen wäre, daß der Verkäufer für jedes Verschulden bezüglich der Lieferung fehlerhafter Sachen schadensersatzpflichtig sei."[3]) Ebensowenig hält er[4]) die §§ 325, 326 (betr. Unmöglichkeit und Verzug) für anwendbar: diese Vorschriften beträfen gegenseitige Forderungen auf Erfüllungen; wo es sich bloß um Gewähr für Sachmängel handele, bestände aber solch ein Anspruch gegen den Verkäufer nicht.[5]) Außerdem würde die für den Verkehr so wichtige Sachmängelhaftung durch die §§ 325, 326 äußerst kompliziert und in Verwirrung gebracht. Daß der letztere Grund völlig außer Betracht bleibt, liegt offen; er selber hat ihn auch in DJZ. a. a. O. nicht gelten lassen. Gerade § 326 aber ist es, dessen indirekte Anwendbarkeit er — wie oben dargelegt: bei Annahmeverweigerung der fehlerhaften Sache als nichtvertragmäßiger Leistung komme Verkäufer in Verzug — ausdrücklich hervorhebt, so daß er damit den Grundsatz der Exklusivität der Mängelvorschriften selbst durchbricht.

Aber auch der erste Grund Dernburgs ist nicht haltbar: Was er als Argument für die Exklusivität ansieht, ist gegen sie zu verwerten.[6]) In § 463 Satz 2 bezieht sich sinngemäß die Arglist nur auf die Zeit des Kaufes, nicht auf die Zeit nachher;[7]) das ergibt sich auch

---

[1]) a. a. O. S. 277.

[2]) DJZ. 1903 S. 4; Bürgerl. R. II, 2 § 185 II S. 70 f. (1906).

[3]) So früher auch Schollmeyer, E. Sch. (1904) S. 27.

[4]) Bürgerl. R. II, 2 § 185 S. 69 (1906).

[5]) So auch Mot. II S. 229.

[6]) Ebenso Müller a. a. O. S. 577.

[7]) Ebenso z. B. Müller a. a. O.; Staub, Positive Vertragsverletzung S. 17; Kipp bei Windscheid (1906) § 395 S. 699; Fischer-Henle ad § 463 Ziff. 4.

aus § 460 Satz 2. Mit Müller a. a. O. ist vielmehr zu sagen: § 463 Satz 2 weist gerade daraufhin, daß Arglist oder Verschulden nach Kaufabschluß nur deshalb nicht berücksichtigt ist, weil hier die allgemeinen Grundsätze über Haftung für Arglist oder Verschulden nach Vertragsrecht zur Anwendung kommen. § 463 Satz 2 läßt für die Konkurrenz gerade Raum.

Und diese Konkurrenz ist logisch und notwendig. Grund und Maß gibt das Bestehen der gesetzlichen Obhutspflicht. Mit ihr wird dem praktischen Bedürfnisse Rechnung getragen.

Sachmängel und Verletzung der Obhutspflicht sind grundverschiedene Tatbestände: der erstere begreift das tatsächliche Vorhandensein von Mängeln zur Zeit des Gefahrüberganges, in besonderen Fällen zur Zeit des Kaufes, ohne Rücksicht auf Verschulden des Verkäufers; dagegen handelt es sich bei dem anderen Tatbestande um schuldhafte Verletzung einer besonderen Pflicht bestimmten Inhaltes.[1]) Die Verletzung der Obhutspflicht muß daher in ihren Rechtsfolgen den allgemeinen Vorschriften unterstehen; daß die Tatbestände Berührungspunkte haben, schließt die Konkurrenz der Vorschriften nicht aus. Das würde erst dann eintreten, wenn der eine allgemeinere Tatbestand in dem anderen, besonderen restlos wiederholt erscheint.[2]) Davon ist hier aber keine Rede. In dem Vorhandensein eines Mangels zur Zeit des Gefahrüberganges kann eine positive Vertragsverletzung liegen: dann tritt „Idealkonkurrenz" ein.[3]) Es kann aber auch der Tatbestand der positiven Vertragsverletzung vorliegen, ohne zugleich den des § 459 Abs. 1 zu erfüllen;[4]) dann kommen nur die allgemeinen Vorschriften zur Anwendung.

Durch die Verletzung der Obhutspflicht entsteht für den Verkäufer die Verpflichtung, den nachträglich entstandenen Mangel zu beseitigen;

---

[1]) vgl. Staub, Positive Vertragsverletzung S. 17; Hellbach a. a. O. S. 3.

[2]) So zutreffend Krahmer a. a. O. S. 122.

[3]) Krahmer a. a. O.

[4]) Das wird die Regel sein; nämlich immer, wenn der Verkäufer nach Kaufabschluß vor Gefahrübergang einen Mangel der Kaufsache schuldhaft verursacht. Wandlungsbegehr vor Gefahrübergang ist hier ausgeschlossen infolge der Obhutspflicht und der daraus folgenden Beseitigungspflicht des Verkäufers, sofern nicht die Beseitigung des Mangels unmöglich geworden ist. Die positive Vertragsverletzung vor Gefahrübergang wird praktisch, wenn z. B. der Käufer durch den Mangel Interessenten verliert.

ist die Beseitigung in vom Verkäufer zu vertretender Weise unmöglich geworden, so tritt § 325 (280), liegt Verzug vor, so tritt § 326 (284, 286) in Kraft; ist die Unmöglichkeit von keiner Seite zu vertreten, so § 323, [1]) entsprechend § 324 ein; alle hierdurch gekennzeichneten Ansprüche, vor allem aber der auf Beseitigung des Mangels, konkurrieren notwendig mit denen der §§ 459 ff., sofern der Tatbestand noch zur Zeit des Gefahrüberganges vorliegt..[2])

Es kann sich so eine Fülle konkurrierender Ansprüche ergeben, die sämtlich durchaus an ihrem Platze sind. Die scheinbaren Widersprüche in der Konkurrenz der §§ 472 und 323 Abs. 1 und in der Konkurrenz von Wandlung und Rücktritt erweisen sich als logische Folge der Verschiedenheit der Tatbestände und damit des Rechtsgrundes der Ansprüche.[3])[4])

---

[1]) Unrichtig ist daher, wenn Hellbach a. a. O. § 323 für ausgeschlossen ansieht; von unserem Standpunkte der Mängelbeseitigungspflicht kann teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung sich ergeben. In diesem Sinne richtig Schollmeyer, J. f. D. 49 S. 105.

[2]) Bei „unerheblichen" Mängeln tritt eine Konkurrenz nicht ein, da die Mängelhaftung hier versagt.

[3]) vgl. dazu besonders Schollmeyer, J. f. D. 49 S. 110 f.

[4]) Ist der Mangel nach Gefahrübergang durch Verschulden des Verkäufers eingetreten, so kommt grundsätzlich die Haftung aus unerlaubter Handlung zur Anwendung. Nur wenn — so meint mit Recht Kipp bei Windscheid II S. 655 (1900) — der Verkäufer dem Käufer noch als solcher gegenübersteht, solange also die Verpflichtungen des Verkäufers noch nicht als vollständig erfüllt anzusehen sind, könnte noch eine kontraktliche Haftung des Verkäufers in Frage kommen. Grundsätzlich erlischt die Obhutspflicht mit der Übergabe; sollte ausnahmsweise, z. B. wenn der Verkäufer als solcher die Sache noch nach Gefahrübergang zu transportieren hat, eine Erstreckung der Obhutspflicht anzunehmen sein, so sind alle Rechtsfolgen bei deren Verletzung auch hier als gegeben anzusehen.

Anhang.

Nachbesserungsrecht des Verkäufers.

Nirgends im Gesetze findet sich ausgesprochen, daß der Verkäufer das Recht haben solle, vor oder noch nach Gefahrübergang vorhandene Mängel zu beseitigen und so die für ihn nachteiligen Ansprüche des Käufers abzuwenden. Ein derartiges Recht würde die eventuellen Interessen des Käufers schwer schädigen können, wenn diesem an einer nachgebesserten Sache nichts liegt, — ein Bedenken, das allerdings gerade im Falle des gegebenen Nachbesserungsanspruches des Käufers nicht stichhaltig zu sein scheint; aber der Nachbesserungsanspruch des Käufers besteht nur unter bestimmten Umständen und ist nur einer von mehreren Ansprüchen, die ihm je nach seinem Interesse zustehen.

Dennoch ist ein Nachbesserungsrecht des Verkäufers in gewissem beschränktem Maße anzunehmen.[1]) Das Recht ergibt sich von Gesetzes wegen aus dem Prinzipe von Treu und Glauben. Unrichtig ist es allerdings, wenn Staudinger[2]) unterscheidet, ob der Käufer ein rechtliches Interesse hat, die mangelhafte Sache abzulehnen oder nicht; wenn nicht, würde er gegen § 242 verstoßen. Nicht das rechtliche, sondern das wirtschaftliche Interesse des Käufers ist maßgebend. Es ist also mit Kipp[3]) zu sagen:

Bei einfachen und leicht herzustellenden Nachbesserungen ist der Verkäufer im konkreten Falle nach Treu und Glauben berechtigt, den

---

[1]) Anders: Endemann a. a. O. I § 161 Nr. 20; Schröder a. a. O. S. 13; Eccius a. a. O. S. 316; Ehrlich a. a. O. S. 77; Staub, Komm. S. 1358 Anm. 43; Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 496 § 135 Anm. 4.

[2]) a. a. O. (1901) ad § 462 S. 208.

[3]) Kipp bei Windscheid (1900) a. a. O. S. 700.

Mangel vor und nach Gefahrübergang zu beseitigen; dieses Recht zessiert, wenn nach Treu und Glauben andererseits der Käufer als nichtverpflichtet anzusehen ist, eine Nachbesserung vornehmen zu lassen.[1])

---

[1]) So im wesentlichen auch: Dernburg, Bürgerl. R. II, 2 § 185 S. 69 (1901); Rechtspr. d. OLG. 8 S. 65 (Kammergericht); Mot. II S. 227; Engeling a. a. O. S. 136; Eckert a. a. O. S. 127; Stamm a. a. O. S. 141; Cosack a. a. O. I S. 439 § 127 V; Stahl a. a. O. S. 24; Leistner a. a. O. S. 80 f.; Emerich a. a. O. S. 70; Prot. I S. 682; Planck a. a. O. (1904) S. 369. Neuerdings auch Staudinger a. a. O. (1905) S. 87 ad § 462 VI, aber doch modifiziert, indem er es zunächst auf das rechtliche Interesse des Verkäufers ankommen läßt, erst dann auf Treu und Glauben abstellt.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.